

## Distracto de donación \*

### Doctrina

*El distracto, mutuo disenso o contrario consenso, es un medio válido de subsanación de títulos observables y resulta extintivo del contrato precedente entre las mismas partes o, si se quiere, de los efectos del mismo, pudiendo ser otorgado, incluso, por los sucesores universales de dichas partes.*

*En la redacción actual del art. 3955 CC, resulta observable el título que verifica entre sus antecedentes una donación a terceros, ante la posibilidad del ejercicio de la acción reipersecutoria por parte de eventuales herederos de los donantes.*

*La prescripción juega en favor de las donaciones a terceros por dos caminos distintos: uno a los 10 años de la muerte del donante, por prescripción liberatoria frente a la eventual acción del legitimario, y el otro a los 20 años de efectuada la donación, por prescripción adquisitiva a favor del adquirente.*

*La prohibición contenida en el art. 1807 del Código Civil traduce un supuesto de incapacidad de derecho, la cual compromete el orden público, pudiendo la donación efectuada en contravención a dicha norma declararse nula por el órgano jurisdiccional, o distractarse por las partes.*

*La norma del art. 3955 CC, así como las críticas u oposiciones a las propuestas de subsanación, deben ser interpretadas de manera restrictiva, a fin de no aumentar los supuestos de títulos imperfectos para el tráfico jurídico.*

---

\*Dictamen elaborado por el escribano Diego M. Martí (diciembre de 2005).

## Antecedentes

Consulta el escribano S. C. respecto de la observabilidad y nulidad, respectivamente, de que adolecerían dos títulos de donación, respecto del mismo inmueble, uno de ellos por ser efectuada la misma a favor de persona que no reviste la calidad de futura legitimaria de las donantes, y el otro en virtud de lo normado en el artículo 1807 CC, inc. 1º<sup>1</sup>, por resultar ser las donatarias hijas que el cónyuge de la donante tiene de diverso matrimonio.

La primera escritura (considerada observable por el consultante) es una donación efectuada por E. F. S. de L. y A. C. F. S., a favor de M. A. R. M. G., cónyuge del padre de las donantes, que involucra el 50% indiviso de un inmueble, y data del 16 de septiembre de 1988.

El segundo instrumento (considerado nulo por el consultante) consiste en una donación efectuada por los cónyuges, en segundas nupcias, J. C. F. S. y, en primeras nupcias, M. A. R. M. G., a favor de E. F. S. de L. y A. C. F. S., hijas que el primero tiene de un matrimonio anterior, respecto del 50% indiviso de un inmueble (se trata de la porción donada por las aquí donatarias, en la escritura referida en el párrafo anterior), la que data del 06 de septiembre de 1995.

Expresa su opinión el Esc. C., no sólo en cuanto a considerar los títulos observable y nulo, respectivamente, como quedó dicho, sino también en el sentido de considerar al distracto como solución en ambos casos, aclarando que, en el segundo, se trataría de un “distracto causado”. Agrega que, estando vivas las partes, no halla otra solución en sede notarial, y finalmente pregunta, de no ser así, si debería recurrirse a la justicia para encontrar una solución.

## Consideraciones

Analizaremos separadamente cada una de las cuestiones.

Como punto de partida para la primera de ellas (donación a terceros), nos referiremos al fallo plenario de las Cámaras Civiles de Apelaciones de la Capital Federal en autos “Escari, José v. Pietranera, Tancredi s/ escrituración”, del 11 de junio de 1912<sup>2</sup>, el que, por imperio del art. 303 del Código ritual, hace que la interpretación de la ley (art. 3955<sup>3</sup> Cód. Civ., en este caso) sea obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de alzada, habiendo también resuelto la Cámara Civil en pleno que los fallos plenarios no pierden su vigencia por el mero transcurso del tiempo<sup>4</sup>.

(1) Art. 1807 Cód. Civ.: “No pueden hacer donaciones: 1º Los esposos el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio...”.

(2) JA, t. 5, pág. 1.

(3) Art. 3955 Cód. Civ.: “La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante”.

(4) Autos “Kartopapel S. A. c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”, fallo del 15/7/77, ED, t. 74, pág. 322. Doctrina minoritaria sostiene que los fallos plenarios caducan a los 10 años.

Al expedirse en el primer plenario citado, y refiriéndose a la acción de reivindicación de que trata el art. 3955 Cód. Civ., el doctor **Giménez Zapiola**, en su voto, dijo: “... tratándose de colación entre coherederos, tal acción reivindicatoria no existe y no puede por lo tanto, ser ejercitada contra terceros adquirentes de los bienes donados. El texto del art. 3477<sup>5</sup> es expreso, y su alcance no puede discutirse en presencia de la nota<sup>6</sup> que lo ilustra. Pero la acción de reducción, acordada contra el donatario que no es heredero forzoso por inoficiosidad de la donación, está regida por principios distintos a los que informan la colación entre coherederos. La colación tiene por objeto mantener la igualdad de las porciones legítimas, entre coherederos forzosos; la reducción por inoficiosidad ha sido creada para resguardar la institución misma de las legítimas y defender a los hijos de liberalidades excesivas en favor de extraños a la familia o de parientes de un grado más remoto...”. Se refiere luego al alcance del art. 1830<sup>7</sup> Cód. Civ., relativizándolo en cuanto a su influencia respecto de las características de la acción de reducción. Y continúa: “... Y esta acción está legislada en los artículos 1831<sup>8</sup> y 1832<sup>9</sup>, sin otras restricciones que las que surgen de este último precepto. El art. 1831 no limita el alcance de la acción, y si para reducir una donación se llega, como puede llegarse, a la devolución total de la cosa ¿por qué no permitir que se reivindique del tercero adquirente, desde que el acto en realidad había quedado invalidado por completo? Se invoca como razón económica, la inmovilización de la propiedad y la conveniencia de no suprimir para las transacciones de inmuebles los títulos que tienen su origen en una donación [...] no es a los jueces a quienes les incumbe resolverlo, sino al poder legislativo [...] Para los tribunales que aplican la ley sin que les sea dado juzgar de su mérito intrínseco, el caso está explícita y categóricamente resuelto por el artículo 3955. A este respecto se ha dicho que la acción reivindicatoria a que alude el artículo no está legislada en ninguna parte del código. Es cierto que las disposiciones relativas a la prescripción de las acciones suponen la existencia de esas mismas acciones creadas y legisladas en su lugar y momento; pero no lo es menos que el art. 3955 que hace parte integrante del código, se refiere en modo claro e inequívoco a una acción reivindicatoria acordada contra los terceros adquirentes de los bienes com-

(5) Art. 3477 Cód. Civ.: “Los ascendientes y descendientes [...] que hubiesen aceptado la herencia [...] deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto...”.

(6) “... Designamos los valores dados por el difunto, y no las cosas mismas, como lo dispone el Código francés...”.

(7) Art. 1830 Cód. Civ.: “Repútase donación inoficiosa aquella cuyo valor excede en la parte de que el donante podía disponer; y a este respecto se procederá conforme a lo determinado en el Libro 4º de este Código”.

(8) Art. 1831 Cód. Civ.: “Si por el inventario de los bienes del donante fallecido, se conociere que fueron inoficiosas las donaciones que había hecho, sus herederos necesarios podrán demandar la reducción de ellas, hasta que queden cubiertas sus legítimas”.

(9) Art. 1832 Cód. Civ.: “La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada: 1º Por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero si existieren descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competará el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación; 2º Si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias o con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas”.

*prendidos en una donación inoficiosa y basta este precepto legal para reconocer que la acción existe. Ningún género de argumentación puede conducir a la interpretación de la ley a la supresión de un artículo expreso...”.*

Por su parte, el doctor **Zapiola** expresó en su voto, refiriéndose al art. 3955 Cód. Civ: “... el intérprete no puede prescindir de esa disposición legal, ni darla por suprimida por razón de ser contradictoria de otras disposiciones del mismo código, pues no pudiendo suponerse que en él existan disposiciones contradictorias, debe ante todo procurarse unirlas y concordarlas...”. Luego, interpretando el art. 3477: “... puede y debe deducirse que un heredero no tiene sino una acción personal contra su coheredero obligado a colacionar el valor de bienes dados en vida por el causante. Pero otra cosa sucede y debe suceder cuando se trata de una donación hecha por el causante, no a uno de sus herederos, sino a un extraño. El heredero perjudicado no puede ejercitar acción personal alguna contra un extraño, derivada de la obligación de colacionar [...] y entonces para que no sea ilusorio su derecho de demandar la reducción de las donaciones inoficiosas que el art. 1831 le acuerda en general, y por consiguiente contra cualquiera, heredero o extraño, le acuerda asimismo contra los extraños terceros adquirentes, la acción reivindicatoria de que habla el mencionado art. 3955...”; para concluir: “... no siendo imposible una acción reivindicatoria, por parte de los herederos de los donantes en el caso en que la donación de que se trata haya perjudicado sus legítimas, no puede sostenerse que sea perfecto el título...”.

Es también importante remitirnos al voto del doctor **de la Torre**, quien, en su turno, se refirió a los arts. 1830 y ss., 3602<sup>10</sup>, y 3603<sup>11</sup> Cód. Civ., que autorizan la reducción de las donaciones inoficiosas, relacionándolos con el art. 3955 Cód. Civ., que establece la acción reivindicatoria del heredero del donante contra los terceros adquirentes del inmueble, y manifestó que: “... Sin destruir la disposición del recordado art. 3955 no es posible arribar a una conclusión distinta, y es inadmisibles volver sobre los términos expresos de dicho artículo, a título de una presunta colisión con lo dispuesto para el caso de simple colación [...] La disposición del art. 3955 del Código Civil no es sino una consecuencia forzosa de los principios generales sentados sobre el particular por el código y de los cuales es una excepción la regla del art. 3477 [...] Si aquella disposición se reputa incongruente con algún principio de economía y contraría al fácil movimiento y traspaso de la propiedad raíz, será materia del legislador el derogarla, pero en tanto que subsista es deber de los jueces aplicarla en toda su integridad...”.

En trabajo presentado por la delegación del Colegio de Escribanos de la

(10) Art. 3602 Cód. Civ.: “Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones, aplicando las normas del art. 3477. No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuere necesario, las disposiciones testamentarias”.

(11) Art. 3603 Cód. Civ.: “Si la disposición testamentaria es de un usufructo, o de una renta vitalicia, cuyo valor exceda la cantidad disponible por el testador, los herederos legítimos tendrán opción a ejecutar la disposición testamentaria, o a entregar al beneficiario la cantidad disponible”.

Capital Federal a la XVI Jornada Notarial Argentina, realizada en Mendoza, en 1976, como aporte al punto I del temario <sup>12</sup>, se trató, entre otros temas, el de la acción de reducción o de complemento de la legítima, y se explicó que ésta, al igual que la colación, “... tiende a impedir que se vulnere el sistema legitimario, no ya por donaciones a herederos forzosos, sino a extraños...”. Y luego se dijo: “... Los artículos 3601, 3602 y 3477 del Cód. Civil se refieren a VALORES y no a COSAS, y si nos limitáramos sólo a considerar estas disposiciones, podríamos concluir que la acción de reducción es personal. Pero el art. 3955 de dicho ordenamiento legal preceptúa que la acción de REIVINDICACIÓN que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una DONACIÓN, SUJETA A REDUCCIÓN por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante. Esta norma, que se aparta de las anteriormente citadas, refiriéndose a acción de reivindicación, tiene como fuente el derecho francés, en el que hemos visto, la masa hereditaria se forma con los bienes y no con los valores [...] Creemos que el codificador se apartó deliberadamente de la línea que siguió en lo relativo a colación para no quebrantar la institución de la legítima, protegida y consolidada en el Código Civil, la que cumple un fin social y moral dentro de la comunidad argentina, y además defendida y aceptada por la mayoría de la doctrina y legislación extranjera. Del análisis del art. 3476 del Cód. Civil, que establece que las donaciones hechas a un heredero forzoso sólo importan un anticipo de SU PORCIÓN HEREDITARIA, se desprende que el donante no hace otra cosa que entregar gratuitamente a su heredero, hoy, lo que tarde o temprano será de él, y cuyo valor ingresará nuevamente a la masa hereditaria. Por ello pensamos que Vélez Sarsfield hizo esta diferencia con respecto a las donaciones a terceros. En éstas el bien SALE DEFINITIVAMENTE del futuro acervo hereditario, y NO tiene posibilidad alguna de volver, salvo por lo establecido en el precitado art. 3955...”. Se comentó también la postura doctrinaria contraria, que sostiene que la acción de reducción es de carácter personal, cuyos argumentos podemos resumir como sigue: 1) la referencia de Vélez a la acción reivindicatoria en el art. 3955 Cód. Civ. es un error, dado que se trata solamente de la prescripción de la acción de reducción; 2) la acción de reducción no trae aparejado el derecho reipersecutorio sobre la cosa, sino sobre el valor que exceda a la parte disponible; 3) razones de seguridad en el tráfico jurídico, por tornarse inenajenables los inmuebles con títulos originados en donaciones a terceros; 4) la acción a que alude el artículo no está legislada en ninguna parte del Código. Y a continuación se reafirmó que “... la doctrina mayoritaria se inclina por considerar a la acción, de carácter real...”, para luego remitirse al fallo plenario *supra* referido.

Según Azpiri <sup>13</sup>, para parte de la doctrina, entre quienes cita a Lafaille, Fornieles y Zannoni, la acción es personal y el donatario conserva el bien cuando la donación ha superado la porción disponible, si paga el valor necesario para que la legítima quede a salvo; por otro lado, para quienes la acción reviste el

(12) *Revista del Notariado* N° 753, págs. 593 y ss. (1977).

(13) Jorge O. Azpiri, *Manual de Derecho Sucesorio*, pág. 322.

carácter de real, como Goyena Copello y Maffia, ésta es reipersecutoria; cita este autor también a Borda, en la postura —que comparte— de considerar a la acción como de carácter personal, puesto que su objeto es la resolución de un contrato (la donación hecha por el causante), pero con efectos reipersecutorios.

En dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, producido por el escribano Francisco Cerávolo, quien analiza el tema de las donaciones, tanto a herederos legitimarios como a terceros, y la protección de la legítima (a cuyos efectos allí nos remitimos), aprobado por el Consejo Directivo el 19 de agosto de 1992<sup>14</sup>, se cita como ejemplo de la doctrina mayoritaria en lo que respecta a donación a herederos forzosos, a Fornieles, quien, en su *Tratado de las Sucesiones* expone que “... los herederos forzosos a quienes se hace una donación, deben reunir los valores dados en vida por el difunto. Nuestro Código ha organizado la colación en forma tal que las cosas donadas a un heredero forzoso quedan irrevocablemente de su propiedad y sólo se considera el valor de ellas en la cuenta de partición”. Manifiesta el dictaminante que es ésa la doctrina sostenida por la inmensa mayoría de nuestros tratadistas (Rébora, Salvat, Lafaille, Mustápic), la consagrada por la jurisprudencia, la emanada de reiterados dictámenes de la Comisión de Consultas Jurídicas de este Colegio, también de la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, y la desarrollada en el trabajo presentado a la XVI Jornada Notarial Argentina por la delegación del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, ya citado en el presente. Concluye el punto afirmando que “... el donatario legitimario que transmite el inmueble objeto de la donación lo hace con las mismas calidades y con igual extensión de que gozaba su título, es decir, concretamente, libre de toda eventual reipersecución”. Pero al entrar en el análisis de la donación a extraños, lo primero que pone en claro es que “... El principio de la restitución en especie que emana de los [...] artículos 1831 y 3601 adquiere plena vigencia por imperio de lo dispuesto por el art. 3955 del Cód. Civil”. Se refiere luego al plenario “Escary c/ Pietranera”, recordándonos que la mayoría se impuso por el estrecho margen de 5 votos contra 4, así como que recibió la adhesión de autores y fallos, constituyen aún hoy la doctrina predominante, a la que también adhiere, y concluye que “... la reducción tiene carácter reipersecutorio contra los donatarios no legitimarios y sus sucesores por cualquier título”, para luego expresar: “La casi totalidad de la doctrina y de las decisiones judiciales admiten la posibilidad de paralizar la acción reivindicatoria si el demandado ofrece pagar el valor de la cosa o de la parte de ella suficiente para cubrir la legítima del accionante (entre los autores: Fornieles, Rébora, Lafaille, Zannoni [...] Laje...). Anotamos la disidencia de Borda con ese criterio...”<sup>15</sup>. Más adelante nos habla de la

(14) *Revista del Notariado* N° 830, págs. 585 y ss. (1992).

(15) Destacamos que si bien esta tesis es acorde con la doctrina que entiende a la acción de reducción como personal, lo apuntado por el escribano Cerávolo aquí tiene que ver con una cuestión práctica de nuestra realidad judicial.



postura de la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, explicitada a través de sus dictámenes, y originada en un trabajo titulado “Reafirmación de la donación como título transmisivo de dominio”, emanado de la delegación Morón y presentado como aporte en la XVI Jornada Notarial Argentina, según el cual la doctrina en la que se enrola es en la que afirma que la acción es de carácter personal. Y dice luego que *“Es de hacer notar, respecto del último de estos dictámenes”*<sup>16</sup>, lo siguiente: a) *El dictaminante juzgó que los títulos emanados de donación son perfectos; que la acción referida en el art. 3955 es la revocatoria o pauliana, cuyo objeto es hacer inoponible la donación al heredero forzoso preterido; que esta acción alcanzará al subadquirente sólo en caso que éste, en conocimiento del estado patrimonial del donante conozca ostensiblemente que la donación produciría la preterición del legítimo. b) El Presidente de la Comisión, notario Jorge F. Dumón, en su resolución, no se pronunció en favor ni en contra del dictamen haciendo notar que ‘una conclusión tajante por parte de esta Comisión sería seguramente algo temeraria, ya que autores de nota se han expedido en sentido diverso’. En el caso que publica el N° 906 de Revista Notarial las opiniones de los miembros de la Comisión no son coincidentes; así, mientras la notaria Martha B. Farini adhiere a la tesis sostenida por la mayoría de los camaristas en el siempre tan recordado plenario, los dictámenes de los colegas Norberto J. Rey y Cristina N. Armella se pronuncian en favor de la tesis que acuerda carácter personal a la acción de reducción [...] Otra, muy otra, es la cuestión relacionada con la conveniencia o inconveniencia, justicia o injusticia de la solución adoptada. Muchos son los autores que han clamado por una reforma, y muchos también los proyectos que tendieron a su concreción. El tópico es ajeno al intérprete, y sólo pertenece a la incumbencia del legislador. Puntualicemos, además, que la reforma de 1968, abarcativa de numerosos institutos legislados en el Código, y tan amplia que hasta algunos autores llegaron a considerar que originó un nuevo código, dejó intacto el debatido artículo 3955; con ello, si cabe, ratificaron sus claros términos pese a no ignorar esfuerzos y proyectos encaminados a su derogación o modificación...”*

En autos **“Biondo, Alonso c/ Savi, Claudio N.”**<sup>17</sup>, del año 2002, confirmó la Cámara el fallo recurrido, por el que se declaró rescindido un boleto de compraventa, considerando que *“el demandado había incumplido con su obligación de entregar títulos perfectos”*, y calificó de *“observable”* al título del vendedor por verificar entre sus antecedentes una donación (se deduce que es *“a terceros”*), ya que, entiende la Cámara, *“no le permitía al adquirente disponer libremente de la totalidad del inmueble, llegando aun a poder ser sujeto pasivo de futuras o posibles acciones como resultado de esa donación”*.

Y ya en el corriente año 2005, esta vez en autos **“Llarín, Pablo Aníbal c/ Millán, Jorge Antonio s/ cobro de sumas de dinero”**<sup>18</sup>, nuevamente la justicia se

(16) *Revista Notarial* N° 880, pág. 565, dictamen del escribano Claudio A. Solari del Valle.

(17) *LL*, 2002-F, pág. 842, fallo 104.714 y *Revista del Notariado* N° 871, págs. 185 y ss. (2003); (CNCiv., Sala K, 29/10/2002).

(18) *ED*, 12/10/2005, pág. 4 (CNCiv., Sala D, 16/6/2005).

expresó en el sentido de considerar observables a los títulos de dominio que verifican entre sus antecedentes una donación pasible de ser atacada por los eventuales legitimarios del donante. Así, la Sala D de la Cámara Civil, en voto del Dr. Mercante, al que adhirieron los Dres. Ubiedo y Martínez Álvarez, dijo, en lo pertinente: *“El donatario no adquiere más que un dominio imperfecto, más concretamente, un dominio revocable (art. 2663, Cód. Civ.). Si al producirse la muerte del donante resulta que la donación era inoficiosa, por haber afectado la legítima de los herederos, el ejercicio de la acción de reducción traerá como resultado la revocación o resolución del dominio y, al operarse con efecto retroactivo al día de la adquisición, el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiere gravado el propietario desposeído [...] la acción de reducción es personal, y prescribe a los diez años. El plazo comienza a correr desde la muerte del donante, es decir, desde la apertura de la sucesión, pues sólo entonces puede saberse que la donación ha afectado la legítima. Si, por el contrario, las cosas han pasado a terceros adquirentes, se abre para los herederos legitimarios la posibilidad de accionar contra ellos cuando se trata de inmuebles [...] Quien adquiere un inmueble de quien ostenta un título emanado de una donación sabe que se encuentra expuesto a la reivindicación, en caso de haberse afectado la legítima de los herederos forzosos...”*. Cuestiona la Cámara el fallo de Primera Instancia recurrido, entre otros aspectos, por desechar el *a quo* la invocación de la decisión plenaria del tribunal del año 1912, en autos: “Escary, José v. Pietranera, Tancredi s/ escrituración”, y por sostener que *“destacada doctrina sostiene que la protección de la legítima no puede perjudicar a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe del inmueble donado, de conformidad con el agregado introducido al art. 1051 del Cód. Civil...”*, negando (la Cámara) acertadamente que el art. 1051 C. Civ. (texto según ley 17711) derogue al 3955, ya que, entiende, el nuevo texto del art. 1051 intenta amparar a quien habiendo adquirido un derecho por un título con un antecedente de un acto nulo o anulable, no le es posible conocer el vicio a pesar de su conducta diligente. Y, en sus conclusiones, el fallo es terminante al decir: *“... la adquisición del dominio del inmueble en base a título no perfecto da derecho al adquirente a resolver el contrato, de resulta de encontrarse expuesto a una acción reipersecutoria si eventuales herederos forzosos vieran menguada su legítima...”*, condenando al demandado (vendedor por boleto) a la devolución del importe recibido a cuenta del precio con más otro tanto en concepto de indemnización, conforme lo oportunamente convenido por las partes en el instrumento.

El fallo del año 1997 de la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, autos: “Estamatti, Mirta R. s/ sucesiones”<sup>19</sup>, a más de ratificar indirectamente las conclusiones del plenario “Escary”, expresa que *“... la única forma de extinguirse la acción de reducción es por el transcurso del tiempo. El término de prescripción de la misma es de diez años, conforme lo dispuesto por el art.*

(19) Revista del Notariado N° 854, págs. 217 y ss. (1998).



4023 del Código Civil. Tal término comienza a correr a partir de la muerte del causante, de conformidad con lo dispuesto por el art. 3955 del Código Civil”. Corresponde aquí aclarar que no se trata ésa de la única forma de extinción de la acción, sino que podría darse también, por ejemplo, por renuncia que de ella se hiciera. La intención de la pretensora era la obtención de una resolución declarando la bonificación del título de un inmueble que contaba con una donación entre sus antecedentes dominiales, y la respuesta de la justicia, ratificando el fallo de Primera Instancia del Dr. Luis Álvarez Juliá, fue que: *“La vía intentada para sanear el título que ahora pretende la accionante carece de normatividad en nuestro derecho. Ante normas claras como las que consagran la acción reipersecutoria no se puede desnaturalizar y retardar la misma, obligando al legitimario –si lo hubiere– a un proceder que de ninguna disposición emana”*. Anotando dicho fallo, el escribano Ángel F. Cerávolo deja claro en su comentario que lo solicitado implicaba, en caso de haber sido resuelto favorablemente a las pretensiones de la recurrente, obligar al eventual titular de la acción de reducción a presentarse anticipadamente a ejercer sus derechos, obligación que no surge de ninguna norma. En igual sentido, informa Cerávolo, también la Cámara Civil de la Capital Federal, en autos *“Soncín, Zulema A.”*<sup>20</sup>, sostuvo lisa y llanamente que *“no existe acción idónea para obtener el perfeccionamiento del título ya que de conformidad con lo dispuesto por la ley substancial, 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”*. En dichos autos se denegó la apertura de la sucesión del donante de un inmueble, pretendida por la donataria a efectos de perfeccionar su título, entendiéndose que ello no importa un interés legítimo suficiente para solicitar abrir la sucesión de su donante. Se refiere el autor de la nota al fallo a los distintos medios o procedimientos subsanatorios de tales títulos observables y concluye que: 1º) serían factibles: a) la prescripción de la acción de los legitimarios (que se computa desde la muerte del donante); b) la prescripción adquisitiva; c) la demostración, una vez abiertos los procesos sucesorios que correspondan, de que lo donado no excede la legítima; y d) sentencia firme en proceso contradictorio que decida la perfección del título; y 2º) no serían viables como métodos de subsanación: a) la no comprobación de la existencia de herederos legitimarios a la muerte del donante, en el ámbito del proceso sucesorio; b) el pago a los legitimarios de la suma necesaria para cubrir sus legítimas (este supuesto considerado aisladamente, ya que hemos mencionado antes que la tendencia en la práctica es que este proceder es aceptado, pero no puede considerarse así como postura doctrinaria); y c) la renuncia de todos los legitimarios a la acción de reducción. Queda claro que, incluso dictada la Declaratoria de Herederos, podría presentarse un heredero no declarado dentro del plazo de prescripción de la acción, y reclamar la porción legítima que le

(20) Cámara Civil, Sala H, 20/11/1996.

corresponde, quedando a salvo el caso de los actos de disposición efectuados por el Heredero Aparente, según lo dispuesto por el art. 3430<sup>21</sup> CC.

No se trata, en el caso de las donaciones a terceros, de un acto prohibido, ni nulo o anulable. Es un contrato perfectamente válido, que en determinadas circunstancias puede generar, por parte de los herederos legitimarios del donante, el ejercicio de una acción reivindicatoria respecto del bien donado, contra los terceros adquirentes.

A mayor abundamiento sobre el particular, remitimos a los numerosos dictámenes producidos por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas de este Colegio, en oportunidad de tratar reiteradamente consultas relativas al mismo tema de fondo, es decir, donación a terceros y la posibilidad del ejercicio de una acción reivindicatoria en virtud de lo normado por el art. 3955 del Código Civil, que se encuentran publicados en la *Revista del Notariado*, entre los que podemos citar:

a) *Revista del Notariado* N° 791, año 1982, pág. 1583. Dictamen elaborado sobre la base de un proyecto del Esc. Carlos D. Zadoff, aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 14/09/1983 (“... *La donación a terceros está sujeta a la acción de reducción que es reipersecutoria, en cuya caso el título sería observable*”). Expte. 5595-P-982;

b) *Revista del Notariado* N° 826, año 1991, pág. 827. Dictamen elaborado sobre la base de un proyecto de las Escs. Marta M. Grimoldi y Elsa Kiejzman, aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 14/08/1991 (“... *La donación a terceros, en tanto no se modifique la legislación vigente, está sujeta a la acción de reducción si afecta la legítima de herederos forzosos y el título es observable ...*”). Expte. 4283-S-1991;

c) *Revista del Notariado* N° 827, año 1991, pág. 1029. Dictámenes elaborados sobre la base de un proyecto de las Escs. Elsa Kiejzman y Marta M. Grimoldi, con el voto de la Esc. Georgina Tilkin (primer dictamen), y sobre la base de un proyecto de los Escs. Federico E. Ramos, Carlos D. Zadoff, Rosa M. Axelrud de Lendner, María E. Massa, Horacio L. P. Herrera, Angélica Güimil Moldes, Lidia E. Belmes, Rubén D. García Colombo y Olga B. Vinogradsky (segundo dictamen), aprobados por el Consejo Directivo en sesión del 23/12/1991 (“*La donación a terceros, en tanto no se modifique la legislación vigente, está sujeta a la acción de reducción si afecta la legítima de herederos forzosos y hace al título observable...*”). Expte. 8387-B-1991;

d) *Revista del Notariado* N° 839, año 1994, pág. 781. Dictamen elaborado sobre la base de un proyecto del Esc. Francisco Cerávolo, aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 21/12/1994 (“... *Es observable el título proveniente*

---

(21) Art. 3430 Cód. Civ.: “Los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento, y siempre que el tercero con quien hubiese contratado fuere de buena fe [...] Será considerado tercero de buena fe quien ignorase la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos”.

de una donación realizada en favor de persona que carece de vocación sucesoria legitimaria”). Expte. 1938-M-1994;

e) *Revista del Notariado* N° 856, año 1999, pág. 103. Dictamen elaborado sobre la base de un proyecto del Esc. Horacio L. P. Herrera, aprobado por unanimidad por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas en sesión del 16/11/1998 (“No siendo imposible el ejercicio de una acción reivindicatoria –art. 3955 C. Civ.– por parte de los herederos forzosos del donante, en el supuesto de que la donación del inmueble haya ultrapasado sus legítimas, no puede sostenerse que sea perfecto el título proveniente de una donación a heredero no forzosos...”);

f) *Revista del Notariado* N° 859, año 2000, pág. 241. Dictamen elaborado sobre la base de un proyecto del Esc. Norberto E. Cacciari, aprobado por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas en sesión del 12/01/00 (“El título proveniente de donación a quien no reúne la condición de legitimario logra su máxima perfección si ha transcurrido el plazo que permite hacer valer la prescripción decenal consagrada en el artículo 4023 del Código Civil, computada desde la muerte del donante...”);

g) *Revista del Notariado* N° 861, año 2000, págs. 193 y ss (2000). Dictamen aprobado por el Consejo Directivo, en sesión del 2/7/2000, sobre la base de la recopilación hecha por el escribano Horacio L. Pelosi de aspectos parciales de los dictámenes elaborados por los escribanos Francisco Cerávolo y Rosana Gimeno (“1. La donación de inmueble a heredero forzoso no constituye título observable, sólo implica un anticipo de herencia que, si llegara a afectar la legítima de un coheredero, quedará sujeta a la acción de colación –art. 3477 y concordantes del C.C.– 2. Se considera imperfecto el título proveniente de donación de inmueble a quienes no fueran herederos legitimarios descendientes del donante, en razón de la eventual viabilidad de la acción reipersecutoria que consagra el art. 3955 del C.C. 3...”).

Entrando ahora al tratamiento de la segunda cuestión (donación a favor de las hijas que el cónyuge de la donante tiene de diverso matrimonio), la normativa es más clara y ofrece un menor margen para la interpretación y discusión. Así, el artículo 1807 CC., inciso primero, en su parte pertinente reza: “No pueden hacer donaciones: 1° Los esposos el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio...”. En el caso, las donatarias son hijas del cónyuge de la donante, encuadrando tal situación en lo preceptuado por la ley. Cabe aclarar que no encontramos diferencia alguna en caso de que el donatario sea hijo de un matrimonio o de otro tipo de unión, siendo lo relevante únicamente que sea hijo del cónyuge del donante.

Nos referiremos entonces al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala A, del 23 de noviembre de 1998, autos: “K., A. y K., M. V. y otro s/ homologación de acuerdo”, publicado en *El Derecho* el 13 de agosto de 1999, fallo N° 49.476<sup>22</sup>,

(22) *Revista del Notariado* N° 859, págs. 271 y ss (2000).

en cuya doctrina puede leerse: “1) *Corresponde declarar la nulidad de la donación de un inmueble que, por escritura pública, efectuaran los cónyuges propietarios de éste a la hija extramatrimonial de uno de los donantes.* 2) *Aparece justificado el interés en la declaración de nulidad de la donación incoada por la donataria, el escribano interviniente y la codonante del inmueble que –juntamente con su cónyuge fallecido– efectuara a favor de su hija extramatrimonial, pues es la única vía para que el dominio revierta en cabeza del causante y de la codisponente, evitando de ese modo que la donataria cuente con un título objetable. Recuperado el poder de disposición, las partes quedarán en libertad para concretar la nueva donación que expresaron tener el propósito de efectuar, con sujeción a la forma legal impuesta para que la donataria obtenga un título perfecto, carente de vicios.* 3) *La prohibición contenida en el art. 1807 del Cód. Civil se funda en que la ley presume que el donatario designado es un prestanombre y que la liberalidad está, en realidad, dirigida al cónyuge* <sup>23</sup>. Por otra parte, dicha regla traduce un supuesto de incapacidad de derecho, la cual compromete el orden público, debiendo declararse nula, de nulidad absoluta, la donación efectuada en contravención a la norma citada, pudiendo ser pedida incluso por el Ministerio Público Fiscal en el interés moral y de la ley (del dictamen del Fiscal ante la Cámara)”. Surge de la sentencia de Cámara: “Buenos Aires, noviembre 23 de 1998. – Y Vistos: Y Considerando: [...] Lo que aquí se persigue, bajo el aspecto exterior de una petición de homologación del acuerdo, en realidad comporta un pedido de declaración de nulidad de la donación efectuada el 10 de septiembre de 1992 [...] invalidez que las partes [...] no pueden pronunciar por sí y ante sí –ni siquiera por escritura pública, por ser de incumbencia del órgano jurisdiccional–. En puridad, se trata de una demanda y contestación conjuntas (art. 336, Cód. Procesal), que incluyen un allanamiento absoluto, total e incondicionado, o sea, el sometimiento de la parte demandada a la pretensión de la demandante. Empero, este emplazamiento no impide al Tribunal examinar la causa de la nulidad, por los motivos de orden público que informan la prohibición establecida en la norma fundante [...] se resuelve: Revocar la resolución de fs. 25/26. En consecuencia, se decreta la nulidad de la donación [...] Jorge Escuti Pizarro. — Ana María Luaces. — Hugo Molteni.”.

La nota al fallo de Pedro Di Lella comienza diciendo que “La Cámara revoca la decisión del Inferior, y resulta llamativo poder afirmar que, en rigor de verdad, ambas decisiones se ajustan a la normativa vigente”. Anota luego la cita legal (art. 1807, inc. 1º, CC), diciendo que “Esta prohibición reconoce un llamativo antecedente en el fallo de la CCiv. 2ª del 26/6/35, en el que se sostuvo que la prohibición no alcanzaba al hijo adulterino (JA 50-943), lo que era lógica consecuencia de la discriminación a que éste estaba sometido en aquella época”, y comenta que las partes presentan para su homologación un convenio en el que facultan a sus abogados a petitionar la nulidad de la donación y a través del cual la madre se obliga a donar nuevamente el inmueble a la hija, a lo que el

(23) Cita del dictamen del Fiscal ante la Cámara: “Borda, *Tratado. Contratos*, Perrot, 3ª ed., Bs. As., 1974, t. II, pág. 343, N° 1517”.

magistrado de primera instancia dice que el acto encubre una promesa de donación que sólo puede otorgarse por escritura pública y que, por tanto, si homologara el convenio, éste adquiriría efectos de sentencia judicial, debiendo cumplir la promitente con un acto cuyo recaudo es *ad solemnitatem* (anota: “*La cuestión está controvertida, mientras que algunos fallos lo sostuvieron así –CCiv. 2ª 11/5/31, JA 35-950; SCBA 3/7/51, LL 63-779–, otras sentencias discreparon –CCiv. 1ª, 30/12/44, JA 1945-I-638; CCiv., Sala E, 9/5/67, JA 1967- V-299 f. 14.642–*”), por lo que el acuerdo violaría una de las formas impuestas imperativamente por la ley. Agrega que la Cámara profundiza algo más, llegando a una solución diferente y sin duda más justa, y expresa que la nulidad del título frente a la prohibición del art. 1807<sup>24</sup> parece clara.

Dejamos a salvo el disenso respecto de lo manifestado por el autor en cuanto a que “*Hace no mucho tiempo, la Cámara Civil resolvió que la donación realizada a un heredero forzoso es pasible de la acción de reducción*”<sup>25</sup>, *contrariando así una copiosa doctrina notarial que de la forma de redacción de un antiguo plenario*<sup>26</sup> *pretendía hacer una distinción que la ley no contiene*”.

Comenta también el fallo Rubén Augusto Lamber, quien coincide en líneas generales (no así en lo referido en el párrafo precedente) con Di Lella, en lo que hace al *sub examen* en el presente, pero nos abstenemos de incorporar aquí referencia alguna a lo tratado por ambos autores, que no es del particular.

No son estos los únicos antecedentes doctrinarios o jurisprudenciales, pero son contestes en el fondo de la cuestión analizada.

Pasando, por último, a las **posibilidades de subsanación**, en primer lugar nos remitiremos al trabajo elaborado por el escribano Natalio P. Etchegaray, titulado “Subsanación de títulos provenientes de donaciones efectuadas a terceros (personas que no son herederos forzosos del donante)”<sup>27</sup> y presentado en el XL Seminario Laureano Arturo Moreira, de octubre de 2000. Debemos

(24) En nota al pie del autor: “Sin duda, la norma tiene por objeto evitar un contrato prohibido entre cónyuges, así: ‘los arts. 1807 inc. 1º, 1219 y 1358 del C. Civil, normas calificadas como de orden público, tienden a evitar que uno de los cónyuges pueda utilizar la influencia sobre el otro y de esta manera aprovechar la relación afectiva como medio de enriquecimiento’ (C. S., diciembre 10 de 1985, ‘Murekian de Kaprielian, Noemí Graciela c/ Kaprielian, Gregorio’). Se trata así, sin duda, de una norma que está directamente enraizada con el régimen patrimonial del matrimonio, y así lo recuerda Eduardo A. Zannoni en *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. I, pág. 638, Ed. Astrea, 3ª ed., Bs. As., 1998”.

(25) Cita en nota al pie: “Yebra, Patricia E. c/ Gasparini de Roca, María E. y otros s/ acción de reducción”, Bs. As., 12/5/1998, C.N.Civ., Sala H.

(26) En la nota al pie del autor: “En ‘Escary v. Pietranera’, JA 5-1, al juzgar una donación realizada a terceros, afirmó la Cámara que cuando la donación se había hecho a quienes no eran legitimarios procedía la reivindicación, sin analizar formalmente, ni mucho menos a fondo, si la acción procedía cuando los donatarios eran a su vez legitimarios, porque obviamente no era lo que estaban juzgando los jueces. Pese a ello, alguna doctrina pretendió extraer de ese fallo una conclusión más amplia, afirmando que, entonces, cuando la donación es hecha a legitimarios no procede la reivindicación, lo que es, a criterio del firmante y conforme fallo citado en nota 6, manifiestamente erróneo”. En dicha “nota 6”, el autor refiere erróneamente como anterior al fallo que comenta, al propio fallo comentado (Nº 49.476).

(27) *Revista del Notariado* Nº 874, págs. 65 y ss. (2003).

advertir, tanto aquí como respecto de los restantes trabajos doctrinarios referidos y, en algunos casos, parcialmente transcritos, que la intención en el presente es, en todo momento, respetar la postura de cada autor, no obstante lo cual obra la cita pertinente para que pueda consultarse la publicación en su totalidad, fundamentalmente en virtud de que, en algunos casos, surgen de este dictamen opiniones encontradas entre los distintos autores citados, y las transcripciones parciales, si bien reflejan de mejor manera cada postura en palabras textuales que si se interpretara y explicara en palabras de quien redacta, pueden no ser orgánicas. Entrando ahora sí al trabajo del Esc. Etchegaray, allí comienza con una frase del Dr. Alberto Spota (cita *Contratos*, tomo VII, pág. 324), que transcribe: “*Toda vacilación sobre el ámbito de aplicación del mentado art. 3955 debe resolverse sobre la base de una interpretación restrictiva de esta norma a fin de no aumentar los supuestos de títulos imperfectos, que constituyen una rémora para el tráfico jurídico*”; continúa más adelante: “... *me parece ver en los estudios de muchos intérpretes una actitud de negación, de aniquilamiento, de cada una de las soluciones que trabajosamente van apareciendo en el campo notarial...*”, y las enumera: “*a) el distracto; b) la declaración de onerosidad; c) la escritura de revocación de la donación por reconocimiento voluntario de incumplimiento de cargos omitidos en la escritura; d) el reintegro voluntario del inmueble al donante para librar al donatario de la obligación alimentaria; con idéntica intención, e) el reembolso al donante del dinero obtenido en la venta del bien donado –estos dos últimos casos contemplados en el artículo 1837 del Código Civil–; y f) la prescripción adquisitiva*”. Expone también su opinión contraria a lo resuelto en autos “Soncín, Zulema A.” (*supra* referidos), considerando que de ese modo se presume *juris et de jure* la existencia de herederos con derecho a invocar el art. 3955 CC, ya que se estaría ante la imposibilidad legal de demostrar lo contrario.

Entiende Etchegaray que, no exigiéndose para impugnar la donación ninguna referencia a la realidad patrimonial o familiar del donante, tampoco debe exigírsela para dejarla sin efecto; de acuerdo con su opinión, es razonable tener como suficiente la declaración que cambia la causa gratuita en onerosa y resulta excesivo tener que demostrar documentadamente la realidad de la onerosidad declarada, lo que funda en los artículos 957<sup>28</sup> y 1197<sup>29</sup> CC. Y el mismo razonamiento aplica al tratar otras posibilidades subsanatorias, como la de restituir el inmueble para liberar al donatario de su obligación de suministrar alimentos al donante (conf. art. 1837<sup>30</sup> CC); entiende que resulta excesivo exigir la demostración de la real necesidad alimentaria, así como su actualidad y perentoriedad, bastando con su reconocimiento por los contratantes; o

(28) Art. 957 Cód. Civ.: “La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito”.

(29) Art. 1197 Cód. Civ.: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

(30) Art. 1837 Cód. Civ.: “Cuando la donación es sin cargo, el donatario está obligado a prestar alimentos al donante que no tuviese medios de subsistencia; pero puede librarse de esta obligación devolviendo los bienes donados, o el valor de ellos si los hubiese enajenado”.



que al acordarse la revocación de una donación por incumplimiento de un cargo omitido en la escritura de donación (conf. arts. 1850<sup>31</sup>, 1854<sup>32</sup> y 1855<sup>33</sup> CC), se exija algo más que el mero reconocimiento de las partes.

En cuanto a la prescripción adquisitiva del dominio (arts. 4015<sup>34</sup> y 4016<sup>35</sup> CC y parte de sus notas<sup>36, 37</sup>) como causa de subsanación, opina el mismo autor que quienes anteponen a ella lo preceptuado por el art. 3955 CC (es decir que, para comenzar el ciclo prescriptivo, de diez años –conforme doctrina pacífica– sería necesario esperar a la muerte del donante) crean un privilegio especial para quien ha donado sus inmuebles, frente a los otros propietarios que pueden perder su dominio por el transcurso del tiempo, por cualquier título o circunstancia, incluso por usurpación. Y nos da su postura explicando que el cumplimiento del término de la prescripción adquisitiva de 20 años que la ley acuerda al poseedor con ánimo de dueño se produce independientemente de que el donante continúe con vida o hubiere fallecido, resultando también indiferente la existencia, o no, de herederos. A su vez, a partir del fallecimiento del donante, sus herederos gozan de un plazo de 10 años para intentar la ac-

(31) Art. 1850 Cód. Civ.: “El donante puede demandar la revocación de la donación por causa de inejecución de las obligaciones impuestas al donatario, sea cual fuere la causa de la falta de cumplimiento de esas obligaciones, y aunque la ejecución haya llegado a ser imposible a consecuencia de circunstancias completamente independientes de la voluntad del donatario, salvo el caso en que la imposibilidad haya sobrevenido antes que él se hubiese constituido en mora”.

(32) Art. 1854 Cód. Civ.: “El donatario responde sólo del cumplimiento de los cargos con la cosa donada, y no está obligado personalmente con sus bienes. Puede sustraerse a la ejecución de los cargos, abandonando la cosa donada, y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligación”.

(33) Art. 1855 Cód. Civ.: “Cuando la donación ha sido de bienes inmuebles, y en el instrumento público están expresadas las cargas impuestas por el donante, la revocación de la donación anula las enajenaciones, servidumbres, e hipotecas consentidas por el donatario”.

(34) Art. 4015 Cód. Civ.: “Prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres para cuya prescripción se necesita título” (texto según la ley 17711. Texto anterior: “Prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y los demás derechos reales, por la posesión continua de treinta años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y de buena fe de parte del poseedor, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres, para cuya prescripción se necesita título”).

(35) Art. 4016 Cód. Civ.: “Al que ha poseído durante veinte años sin interrupción alguna, no puede oponérsele ni la falta de título ni su nulidad, ni la mala fe en la posesión” (texto según la ley 17711. Texto anterior: “Al que ha poseído durante treinta años, sin interrupción alguna, no puede oponérsele ni la falta ni la nulidad del título, ni la mala fe en la posesión”).

(36) Nota al art. 4015 Cód. Civ.: “... Troplong dice: ‘Nada puede escapar al imperio de esta prescripción: ella excluye todo factor y todo privilegio, y se extiende sobre todos los derechos’”.

(37) Nota al art. 4016 Cód. Civ.: “... Resulta de lo que precede: 1) que el que tiene durante treinta años una posesión pacífica, pública y continua, y la conserva sólo en su interés propio, no tiene ya cosa alguna que probar, para usar en beneficio de la prescripción; 2) que el que quiere prescribir por treinta años no tiene que alegar título alguno, y con más razón no tiene que temer las excepciones que se alegaren contra los vicios de su título, con excepción del vicio de precario; 3) que la buena fe exigida para la prescripción de diez años, no lo es para la prescripción de treinta años”.

ción aludida en el artículo 3955 del Código Civil, lo que significa que la prescripción juega en favor de las donaciones a terceros por dos caminos distintos, uno a los 10 años de la muerte del donante, por prescripción liberatoria, frente a la eventual acción del heredero, y el otro a los 20 años de efectuada la donación, por prescripción adquisitiva a favor del adquirente-donatario.

Considera luego, en particular, el tema del *distracto o revocación* (art. 1200 CC <sup>38</sup>) y comienza aclarando que aparecen allí dos situaciones perfectamente diferenciadas, una en la primera parte del artículo: “*Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido*”, referida a la rescisión o distracto, acuerdo bilateral que deja sin efecto el contrato, que extingue las obligaciones pendientes y que autoriza asimismo, aunque el negocio se hubiera cumplido, a devolver las mutuas prestaciones que se hubieran realizado, incluso los derechos reales, cuyos efectos no llegan a configurar un aniquilamiento retroactivo, y no permite argumentar que el negocio no existió. Y otra en la segunda: “*y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza*”, relativa a la revocación, acuerdo bilateral que deja sin efecto el negocio, que autoriza a extinguir retroactivamente los derechos reales como si el contrato no se hubiera realizado y que requiere una causa que la ley autorice; agrega que en la nota el Codificador aclara que se trata de contratos celebrados por incapaces, o con vicios de la voluntad, lo que nos permite interpretar que la revocación está prevista para cuando las partes voluntariamente arriban a la conclusión de la inviabilidad del contrato, por detectarse en éste razones legales que lo tornan inválido o ineficaz, con lo que concluye que “*la aplicación que hacen del art. 1200 del Código Civil en la escritura en la que se reintegra el inmueble al donante debe interpretarse como intención de revocar la transferencia anterior por aplicación de la segunda parte del artículo, es decir que ante la imposibilidad legal de ejercer el derecho de propiedad, se está simplemente retrotrayendo un acto palmariamente ineficaz, con lo que no cabría suponer, por el solo hecho de ser una transferencia sin cargo, que se está ante una nueva donación*”.

Termina entrando en el análisis en particular de los modos de subsanación notarial que considera viables, los que referimos sucintamente:

1) Restitución del inmueble para liberarse el donatario de suministrar alimentos al donante (aplicación del artículo 1837 CC). Explica que, según entiende, el donatario no tiene por qué esperar una demanda judicial del donante requiriéndole la prestación de alimentos, sino que puede acceder a su simple solicitud, incluso verbal, reintegrándole el inmueble. La causa de la restitución del dominio sería la decisión del donatario, aceptada por el donante, de librarse de atender a eventuales necesidades alimentarias de éste, por lo que

---

(38) Art. 1200 Cód. Civ.: “Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza”.

en definitiva tendría los mismos efectos que la revocación (art.1867 CC<sup>39</sup>), es decir que se remontan al día de la donación, por lo que no podrían formularse a esta transmisión de dominio los reparos que se le hacen, por aplicación de la primera parte del artículo 1200 del Código Civil y su nota, a los distractos, ya que se trataría de un caso incluido en la segunda parte del artículo y en el final de la nota.

2) Reconocimiento voluntario de la nulidad (aplicación de la segunda parte del artículo 1200 CC): dice el autor que se afirma que *“La nulidad de una escritura pública no puede decretarse sino por decisión judicial. Lo confirman la Cámara Civil, Sala A, en los autos ‘K. A. y K. M. V. y otro s/ homologación de acuerdo’ y el comentario respectivo de la autoría de Pedro Di Lella, publicados en Revista del Notariado N° 859, pág. 271”*, y refiere partes del fallo publicado y sus comentarios (el indicado y el de Rubén Augusto Lamber), entre las que se destaca la siguiente: *“Dice el Tribunal, en forma impersonal, que ‘las partes no pueden pronunciar por sí y ante sí –ni siquiera por escritura pública– la invalidez de una donación, por ser ello de incumbencia del órgano jurisdiccional [...] se trata de una demanda y contestación conjunta (art. 336 Código Procesal), que incluyen un allanamiento absoluto, total e incondicionado, o sea, el sometimiento de la parte demandada a la pretensión de la demandante’*”, y deja en claro que no comparte la exigencia de montar artificialmente un proceso judicial, ya que, si las partes están de acuerdo en la demanda y en el allanamiento simultáneos, y la causa es la existencia de una invalidez reconocida por la ley, se está tipificando el enunciado de la segunda parte del artículo 1200 del Código Civil, cuando autoriza a aniquilar retroactivamente por mutuo consentimiento un contrato que se juzga no haber tenido lugar.

3) Restitución del inmueble dada la inutilidad de conservar un título objetable (aplicación de la segunda parte del art. 1200 CC): por los mismos fundamentos vertidos en el apartado anterior, aparecería plenamente justificada la pretensión de retrotraer un dominio basado en un título objetable y, por lo tanto, inutilizable.

4) Restitución del inmueble por reconocimiento de incumplimiento de un cargo, omitido en la escritura de donación (aplicación de los arts. 1850, 1854, 1855 CC). Entiende que el Código acepta la posibilidad de que los cargos no estén expresados en la escritura de donación, pero aclara que *“... el costo fiscal desalentó su aplicación. En efecto, el reconocimiento del cargo omitido conlleva que los actos resulten gravados con el Impuesto de Sellos: al reconocerse el valor del cargo omitido, la transferencia inicial se torna onerosa, y lo mismo ocurre con el acto de restitución del inmueble al donante o sus herederos. Pero proble-*

---

(39) Art. 1867 Cód. Civ.: “Entre donante y donatario, los efectos de la revocación por causa de ingratitud, remontan al día de la donación, y el donatario está obligado no sólo a restituir todos los bienes donados que él posea, sino que aun debe bonificar al donante los que hubiese enajenado, e indemnizarlo por las hipotecas y otras cargas reales con que los hubiese gravado, sea por título oneroso o lucrativo”.

*mas económicos al margen –que, por otra parte, pueden resultar singularmente gravosos en una demarcación y hasta exentos en otra–...*”.

5) Subsanción por eliminación del título gratuito –declaración de onerosidad–. Explica Etchegaray que la ley (arts. 997 y 1197 CC y concordantes) permite a los sujetos negociales o a sus herederos reconocer una simulación relativa, es decir, que se ha dado al acto jurídico una apariencia que ocultó su verdadero carácter. En consecuencia, nada obstaría a que las partes de aquella donación reconocieran hoy que en realidad el acto fue oneroso, debiendo tenerse en cuenta, aclara, las implicancias fiscales y patrimoniales del reconocimiento.

Queremos recordar ahora parte de las opiniones vertidas en la Sesión Pública de la Academia Nacional del Notariado, celebrada con fecha 12 de julio de 1999 <sup>40</sup>, que trató precisamente acerca de “Formas de subsanción de títulos provenientes de donación”.

Allí, el escribano **Jaime Giralt Font** dijo: *“Hay una o dos soluciones que proponen hacer una recalificación del acto, es decir, transformar lo que se formalizó como una donación gratuita, sin cargo ni condición alguna, en una donación a título oneroso, como son la donación con cargo y la donación remuneratoria [...] No veo muy potable esta solución porque, en primer término, no sabemos cuándo creer, si antes o después, por lo cual siempre nos va a quedar la duda. Y, en segundo lugar, si esto fuera así, deberían ser perfectamente acreditados y probados cuáles fueron los servicios prestados, qué valor tenían estos servicios que debían ser equivalentes al del inmueble donado y, además, que esta deuda líquida era exigible judicialmente, que son los requisitos que pide la ley. Y respecto del cargo, también tendría que probarse en qué consistió y el valor atribuido al cargo, equivalente al del inmueble. Otro intento de ‘salvar’ estos títulos se refiere al artículo 1051, que nada tiene que ver con esta situación, porque esa norma es un paraguas protector del adquirente de buena fe y a título oneroso cuando se trata de actos nulos porque, como bien sabemos, la donación es un acto lícito, está tipificado, regulado en el Código Civil, de modo, reitero, que no tiene absolutamente nada que ver con el artículo 1051. Otra solución propuesta por gente que ha estudiado este tema consiste en que, al hacer la donación, simultáneamente se otorgue una escritura de testamento por el que se legue al donatario el inmueble donado. Sus sostenedores argumentan que, de esa forma, si se impugna la donación, se salva por el lado de la herencia. Creo que a esta tesis le está faltando apoyo porque en el momento en que el donante muere el inmueble ya no está en su patrimonio. No advierto en qué mejora el legado del inmueble cuando el fallecimiento se produce después de que el legatario ha adquirido el inmueble por un título que no es por legado sino por donación, y esto es irreversible a través de un testamento. Otra posibilidad que se ha ofrecido es que el donatario venda el inmueble y le haga entrega del precio al donante que, por supuesto, tendría que estar allí presente. Creo que es un caso parecido al anterior. Ante todo, el título de adquisición del dona-*

(40) Revista del Notariado N° 860, págs. 75 y ss. (2000).

tario no deja de ser una donación. Además, quienes ofrecen esta alternativa parecieran no tener presente que el valor del inmueble que debe computarse para determinar si sobrepasó o no la porción disponible se establece a la fecha del fallecimiento y no a la fecha en que el inmueble fue vendido, por lo cual seguimos en la misma inseguridad anterior. Otra propuesta, que se va acercando más a la opinión que sustentamos, es la de la rescisión del contrato, y sus autores se basan en el artículo 1200 del Código Civil [...] El artículo 1200 tiene dos partes, y nosotros nos vamos a ajustar a la primera de ellas, que está referida a la rescisión: ‘Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido...’. Es decir que lo que se admite por la simple voluntad de las partes es dejar sin efecto las obligaciones que los contratos generan, no los contratos mismos [...] Esta solución daría la impresión de que se tratara de algo así como decir ‘tú me lo diste, yo te lo devuelvo’. Si esto fuese así, parecerían tener razón Gattari, Cristina Armella [...] Lamber y Llorens. Si no se dice nada más podría llegarse a presumir que en el ‘te lo devuelvo’ hay un segundo acto de liberalidad, con lo cual el problema, en lugar de solucionarse, se duplica [...] Hay otra alternativa que se ofrece, que consiste en justificar el dejar revocar el contrato de donación enervando la obligación alimentaria que tiene el donatario respecto del donante como consecuencia de la donación, para lo cual habría que hacer una estimación de cuál podría llegar a ser el monto del alimento debido –eventualmente–, que tendría que equivaler al del inmueble, porque si no estaríamos en la misma situación ya planteada con el cargo o con la donación remuneratoria. Entonces, en nuestra opinión, la forma de subsanar este título consiste en recurrir a la segunda parte del artículo 1200, que habla de la revocación de los contratos, lo que puede leerse también como anulación de los contratos. Esta segunda parte dice: ‘... y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos...’ –ya no las obligaciones generadas por los contratos– ‘... por las causas que la ley autoriza’. Es decir, no basta ya el mero acuerdo de las partes para dejar sin efecto el contrato, sino que ese mero acuerdo tiene que estar fundado en una causa por la cual la ley autorice a dejar sin efecto el contrato. Y la nota, entre otras cosas, dice: ‘Las partes pueden extinguir las obligaciones creadas, o retirar los derechos reales que hubiesen transferido, mas no pueden hacer que esas obligaciones y esos derechos no hubiesen existido con todos sus efectos. Pero las partes, decimos, pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento en los casos que la ley autorice; es decir, si el contrato es hecho por un incapaz, con violencia, dolo, etc.’ En ese ‘etcétera’ nosotros incluimos un doble aspecto [...] Me refiero a la frustración total de la causa fin determinante del contrato o la inexistencia de su causa fuente. Como todos sabemos, la causa fuente es el porqué de la obligación, y la causa fin es el para qué de la obligación. Podría interpretarse –y creo que la interpretación es válida– que cualquiera de estas dos causas que falte puede dar lugar a la invalidez del contrato, que es a lo que se refiere la segunda parte del artículo 1200 [...] Voy ahora a referirme a cómo eventualmente podría llegar a ser la resolución o revocación de este contrato hecha notarialmente [...] Entonces, si donante y donatario comparecen y dicen que por escritura de fecha tal Fulano de Tal le donó a Men-

gano determinado inmueble; que la causa fin determinante de esto fue que la incorporación de este inmueble al patrimonio del donatario lo enriqueciere y éste tuviere la libre disponibilidad del bien, de forma tal que al momento que quisiera realizarlo su patrimonio se mantuviera en el nivel de aumento que tuvo; y que ahora que lo quiere hacer, aunque jurídicamente tiene en teoría la libre disponibilidad del bien, no encuentra quién lo quiera adquirir, porque todo el mundo lo rechaza por el temor a una eventual reivindicación; ni siquiera puede obtener un préstamo ofreciendo como garantía el inmueble por la misma razón. Así, la causa fin determinante ha quedado totalmente frustrada, y la causa fuente de la obligación, en un contrato traslativo, en un contrato transmisivo, donde la política legislativa es la libre circulación de los bienes, también está prácticamente tan enervada que puede considerarse inexistente...”.

Dijo el escribano **Francisco Cerávolo**: “Entiendo que el distracto, en cuanto rescisión bilateral del contrato, puede ser en algunos casos una solución para la bonificación del título en tanto ese instituto sea la expresión de la real voluntad de las partes. El distracto tiene como efecto directo la retransmisión del dominio al antiguo titular. El distracto, mutuo disenso o contrario consenso, como se lo quiera denominar, ha sido consagrado de modo expreso por el artículo 1200 del Código Civil y se ubica en la extensa área de la volición individual de la autonomía de la voluntad, que es principio universal receptado en nuestro Código Civil. No puede haber cortapisas para esta voluntad individual. El artículo 1200 no hace distinciones respecto de los contratos de ejecución instantánea o de aquellos que establecen vínculos y obligaciones de cumplimiento periódico o sucesivo. Por el contrario, cuando este artículo faculta a retirar –tal vez sea inadecuada la expresión– los derechos reales, significa que se ha transmitido ese derecho real y que ese negocio se ha consumado. La interpretación que llega a la conclusión de que solamente pueden ser objeto del distracto aquellos contratos con obligaciones periódicas o sucesivas no es compartida por quien habla. En definitiva, la causa fin del distracto es la finalidad socioeconómica en la tesis objetiva de la corriente causalista, y es el fin o la razón inmediata de la celebración del contrato en la posición subjetivista de la causa. ¿Cuál es la causa fin del distracto? Es el fin inmediato práctico que persiguen las partes, y lo persiguen por su propia voluntad. Absolutamente nada impide que las partes, incluso por expresa declaración, den a ese distracto efecto retroactivo. En esto está de acuerdo la mayoría de los autores. Naturalmente, sin perjuicio de terceros, por aplicación del principio, también universal, de que los contratos no pueden perjudicarlos, consagrado en nuestro art. 1199 [...] Claro está que si se dice que se llega al distracto para bonificar el título, esto carecería de todo amparo por el derecho, pero si el distracto es la verdadera voluntad de las partes, evidentemente no hay ninguna norma en nuestro Código Civil que se oponga a ello. El artículo 1200 de nuestro Código es una mera emanación del principio general de la autonomía de la voluntad. A la conclusión contraria se llega por vía de interpretar algo que la hermenéutica jurídica no acepta, es decir, la abrogación o la derogación parcial del artículo. En segundo lugar, el artículo 1200 no colisiona con ningún otro precepto de igual jerarquía en nuestro Código [...] ¿Cuáles son los motivos? Esto es algo distinto de la causa fin.



Los motivos son subjetivos, son imponderables y son variables. Nada exige que los motivos sean explicitados en el distracto, aunque tal vez, en ocasiones, pueda ser conveniente hacerlo. Se dice, por otra parte, que el distracto de una donación implica una nueva donación. No comparto esta opinión. Cuando voy a un negocio y compro una cosa, pago y se perfecciona el contrato de compraventa. Con posterioridad, si por equis motivo devuelvo al comerciante la cosa, con su consentimiento, y se devuelve el importe, con lo que habría un distracto, ¿hay en este caso una nueva compraventa? Cuando se distraiga una permuta, ¿hay una nueva permuta? No la hay. No es un negocio típico, como señala Carnelutti. Es simplemente un negocio destinado a abolir otro negocio [...] El distracto puede ser gratuito, y lo es en general. Es una consecuencia de que el negocio abolido también fue gratuito. Pero puede no ser gratuito; puede ser que sea compensado por el valor de la obligación alimentaria que pesa sobre el donatario en la donación sin cargo. En ese caso, la donación no es gratuita. No nos olvidemos de que el donatario puede libremente renunciar a su obligación, liberarse de ella, devolviendo la cosa donada, y puede estar en el interés del donatario celebrar precisamente este distracto. Para ello no tiene por qué expresar los motivos...”<sup>41</sup>.

A su turno, el escribano Rubén Augusto Lamber expresó: “Si en la donación existe un cargo equivalente al valor de la cosa donada, según el artículo 1828 del Código Civil, no se aplica ninguna de las reglas de las donaciones. Por tanto, no hay acción reipersecutoria alguna, porque sería lo mismo que una compraventa. El cargo está equilibrando el valor de la cosa. Frente a esto, traemos una solución [...] Si (el donante) hubiese vendido y hubiera recibido un precio, no habría ninguna acción reipersecutoria, porque sería un contrato oneroso. Tampoco la habría en el caso de que fuera una donación con cargo equivalente al valor de la cosa. Entonces, si entrego hoy en dinero un valor equivalente al de la cosa, sea con el inmueble o con una compensación en dinero, estoy dejando sin efecto el daño causado a los herederos legitimarios. Por tanto, no hay que llegar al absurdo de decir que esto lo hago como una solución mentirosa porque voy a fraguar un falso negocio en el que se hace una entrega de dinero [...] El hecho de que se compense con una suma de dinero o con otro valor, con vehículos, con una propiedad o con lo que fuera, no quiere decir que sea un negocio simulado. Estamos buscando la realidad para salvar el negocio y sacar ese bien de la indisponibilidad jurídica. Con esa incorporación patrimonial que recibe el donante, que la está reconociendo por escritura pública, bajo fe de decir verdad, porque lo está haciendo ante un escribano, el título no puede ser observable porque no hay herederos legitimarios que estén perjudicados por ese acto [...] no nos estamos refiriendo a que en el momento en que hizo la donación en realidad era una compraventa en la que se había pagado un precio. No, estamos diciendo que hoy, frente a la observabilidad del título, frente a la lesión que reciben los supuestos herederos legitimarios del donante, ese patrimonio se va a recomponer con la entrega de un valor equivalente ...”.

(41) Ratificó el Esc. Cerávolo lo aquí expresado, en la sesión pública de la Academia Nacional del Notariado, *Revista del Notariado* N° 861, págs. 193 y ss (2000).

La escribana **Cristina Noemí Armella** opinó que: “... Cualquiera de las posibilidades de subsanación que se vienen ofreciendo son nada más ni nada menos que el fruto de muchísimas horas de estudio y de muchísimas horas de estar pensando cómo hacer para que los títulos provenientes de donaciones, cuando estas donaciones reconocen un donatario que no va a revestir la calidad de legitimario posteriormente, vuelvan al tráfico jurídico [...] si queremos dar una solución para la circulación de este título diciendo en una escritura, con frases muy armadas, que la donación que se está realizando no es inoficiosa, es absolutamente inoperante, ya que la misma oficiosidad la vamos a poder calificar al tiempo del fallecimiento del donante y no antes [...] fundamenté que el distracto, por lo menos de acuerdo con lo que interpreté a raíz de estudios que realicé al respecto, generaba una suma de una donación a otra donación al tiempo de la restitución del dominio del donatario al donante. Esta cuestión nos deja de lado, por lo menos desde mi punto de vista, la posibilidad de implementar el distracto como medio subsanatorio [...] En cuanto a la obligación alimentaria del donatario [...] los deberá pura y exclusivamente al tiempo en que el donante no sea alimentado por quien le debe alimentos [...] Es indudable que la situación no mejora por las expresiones que puedan realizarse porque, por lo general, este distracto genera una transmisión del donatario que sí tiene herederos, por ejemplo, una familia que va a ser legitimaria en el futuro y, por tanto, la preterición del heredero surge del propio título [...] En la provincia de Buenos Aires, ya desde la década del ‘70 [...] pensamiento de que la acción de reducción no tiene los efectos reales que sí le otorga gran parte de la doctrina civilista, quizás la mayoritaria [...] Nosotros también sostuvimos, a través de nuestra labor en la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, la posibilidad de la declaración –y esto lo hemos implementado en nuestros propios títulos– de que, hoy por hoy, si me dicen si yo podría instrumentar una donación a un no legitimario, diría que sí, y quizás aparezca por allí como título antecedente una donación de esta naturaleza autorizada por mí. ¿Por qué? Porque tengo la más firme convicción de que la declaración del donante muy cercana, casi igual, a la que se efectúa en un testamento tiene que ser creída como tal, tiene que considerarse veraz y de buena fe y tiene que permitir que este título circule. Ustedes podrían decir que pueden mentir [...] Esta es una convicción absolutamente personal de que estas declaraciones deben ser tomadas como ciertas y oponerse siempre que también exista buena fe del donatario en estas condiciones [...] Estamos generando una cantidad de posibilidades subsanatorias posteriores, teñidas de un ámbito muy importante de simulación [...] Se dice, por ejemplo, que se ha producido una novación de título o causa. Ésta es una figura que no puede utilizarse para la subsanación, porque la novación es un medio extintivo de las obligaciones y, en consecuencia, la obligación extinguida no puede extinguirse nuevamente por novación [...] No compartimos la postura del distracto ni la de la novación de la causa, que tiene la misma observación que en el caso del distracto. Está también la determinación de que el acto anterior fue simulado. Ahora bien, yo creo que lo simulado es lo de ahora, porque la donación realmente existió. Ahora vengo a decir, en cambio, que como era un acto simulado, el otro nunca dejó de ser dueño,

lo que en definitiva es una situación que también genera su calificación disvaliosa. Nosotros pensamos que, desgraciadamente, la posibilidad de subsanación es pura y exclusivamente la muerte del donante [...] Lo primero que nosotros efectuamos es lo que se llama la renuncia a las acciones de reducción y colación, y con esto permitimos que se transfiera el dominio sin más, porque frente a la muerte del donante, y sin necesidad de la apertura de su sucesorio, así como se pueden ceder sus derechos y acciones hereditarios, también puede renunciarse a las acciones [...] Hay otra posibilidad que se está esgrimiendo con suerte distinta en las diferentes demarcaciones territoriales o jurisdicciones judiciales. Se trata del intento, en Capital Federal, de iniciar una sucesión a efectos de lograr la declaratoria de herederos –en el famoso caso Soncín–. Hoy por hoy, las salas de la Cámara de San Isidro están divididas en cuanto a la posibilidad de la apertura del sucesorio frente a una situación de subsanación de esta naturaleza [...] Entonces, frente a todo esto, es indudable que, así como el tiempo sana muchas cosas, también sana a las donaciones. Pero, en principio, hay que permitir la posibilidad de mantenerlas y dejarlas ser. Eso es lo importante. Quizás nosotros no dejemos ser a las donaciones, y si el legitimario no está preterido en el propio título, deberíamos entender que la donación es buena”.

Al manifestar su postura, el Dr. **Carlos Arianna** dijo: “... Simplemente voy a decir que cuando se hace algún tipo de subsanación siempre hay que tener presente cuál es la voluntad real. Tomo un ejemplo: si lo que se quiso es distraer la donación en los términos del 1200 y al poco tiempo aparece una venta, indudablemente tenemos un acto inficionado de simulación o, por lo menos, van a aparecer datos de que este negocio aparece afectado en su real dimensión; lo que se quiso en realidad no fue distraer sino posibilitar la venta posterior. Es cierto que la causa por la cual el dominio vuelve al donante primitivo, en el distracto, no es una donación. El donatario no le está donando; no hay animus donandi respecto del donante. Pero en los contratos onerosos hay sacrificios y ventajas. Si sólo hay sacrificios, estamos ante actos a título gratuito. Y creo que [...] tienen que hacer una especie de profecía acerca del comportamiento de los tribunales...”

Por su parte, expresó el escribano **Horacio Luis Pelosi**: “El distracto no es donación. El distracto de un contrato es la rescisión de ese contrato. Entonces, o hacemos desaparecer la rescisión del Código Civil y de nuestro ordenamiento, o aceptamos que existe. Creemos que la rescisión del contrato es viable y, además, entendemos que en modo alguno puede significar una nueva donación desde el momento en que le falta algo importantísimo para una donación, que es el animus donandi. Podrá decirse, como algunos lo sostienen, que para el distracto hace falta una causa. Cerávolo expuso su posición en el sentido de que no era necesario que esa causa fuera expresada. Podrá estarse o no de acuerdo pero, evidentemente, la causa es la misma que sirve a Zinny y a Giralt Font para sostener la posibilidad de la anulación: es la imposibilidad de que el inmueble donado pueda ser vendido. Es decir que esta donación, en alguna medida, está sustrayendo del comercio al bien inmueble. Si estimamos que el distracto debe ser causado, entendemos que la causa de ese distracto, sin entrar a analizar el tema de la obligación de los alimentos que tiene el donatario, puede perfectamente ser la imposi-

bilidad de transferir el inmueble, con lo cual el donatario se ve muy relativamente favorecido y en algún momento puede estar totalmente desfavorecido [...] en cuanto a que, en principio –como parecería haber insinuado el doctor Arianna–, esto del distracto estaría encubriendo simulaciones, yo tengo mis grandes dudas. No sólo que habría que probarlo sino que es el caso típico que más nos ocurre en la escribanía: el tío que le donó al sobrino. El sobrino quiere vender, no puede, le observan el título, va y habla con el tío. Le dice: ‘Mirá, te agradezco lo que hiciste, pero ahora que necesito el dinero no puedo disponer del bien que vos me regalaste con la mejor buena voluntad’. El tío le puede preguntar entonces: ‘¿Qué pasa si vos me devolvés el inmueble? Yo tengo el inmueble y con el dinero hago lo que quiero, y con la posterior donación del dinero al sobrino no hay ningún problema, ningún 3955’. O sea que, aunque se vendiera simultáneamente con el distracto, en mi opinión esto no haría presumir una simulación”.

Hemos analizado, sobre la base de la consulta formulada, dos títulos de donación: uno, el caso más común, de donación a terceros, contrato lícito, tipificado y regulado por el Código Civil, que puede dar lugar al ejercicio de la acción reivindicatoria por parte de los legitimarios del donante; el otro (que no deja de ser por ello una donación a terceros), de donación a los hijos del cónyuge, contrato prohibido por la ley, cuya nulidad debe ser declarada judicialmente. Estamos tratando ahora acerca de los medios de subsanación de títulos observables y es nuestra intención en el presente no circunscribirnos exclusivamente a los títulos traídos en consulta, ni mucho menos sólo a las donaciones a terceros. Si bien la mayoría de las soluciones que anteceden refieren a ellas, el distracto, tal como se reseña a continuación, es aplicable en general a todos los contratos, incluso en los supuestos de nulidad, como los del art. 1807 CC (en tanto sus otorgantes sean capaces).

Finalmente, y profundizando algo más en el tema de la PROCEDENCIA DEL DISTRACTO COMO MEDIO DE SUBSANACIÓN, traemos a colación el dictamen aprobado por el Consejo Directivo de nuestro Colegio, en sesión del 2 de agosto de 2000, sobre la base de la recopilación hecha por el escribano Horacio L. Pelosi de aspectos parciales de los dictámenes elaborados por los escribanos Francisco Cerávolo y Rosana Gimeno<sup>42</sup>. El dictamen es extenso, pero intentaremos resumirlo en lo esencial para el tema en análisis.

Comenzamos por su Doctrina, la que transcribimos: “... 3. *El distracto es un contrato atípico, extintivo del contrato precedente entre las mismas partes o, si se quiere, de los efectos del mismo, incluso retroactivamente, si así se pactare en forma expresa; ello sin perjuicio de los derechos de terceros.* 4. *El distracto 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 transmisión del dominio en los términos del art. 2602 CC. Instrumentado en escritura pública, seguida o precedida de la tradición e inscripta en el Registro respectivo, hace reingresar el derecho de propiedad de la cosa en la esfera patrimonial de quien fuera transmi-*

(42) Revista del Notariado N° 861, págs. 193 y ss (2000).

tente; producido ese efecto, en el caso de distracto de la donación cesa la posibilidad de una eventual acción de reducción. 5. [...] 6. Los sucesores universales de las partes de un contrato pueden, en virtud de la continuidad de la persona del causante en el heredero, celebrar el distracto de dicho contrato y, por tanto, pueden hacerlo respecto de la donación de inmuebles”.

Continuando con las Consideraciones: “... 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 aquéllos agotados por el cumplimiento (Mosset Iturraspe, Jorge, Contratos; López de Zavalía, ob. cit., t. I, pág. 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 N° 837, págs. 194 a 218) [...] 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., N° 1239, pág. 351) [...] 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’ [...] el distracto procede, en general, en todos los contratos, opinión a la que adherimos [...] En su comentario expresa Alterini: ‘El distracto –contrario consensus o contrario actus– está contemplado en el art. 1200 del Código Civil como rescisión derivada del mutuo consentimiento [...] Conforme al texto del citado art. 1200 del CC, 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, CC) y, tratándose de derechos reales sobre inmuebles, la escritura pública (art. 1184, inc. 1, CC) y la inscripción registral (art. 2505, CC, según ley 17711...)’ (Llambías-Alterini, Código Civil anotado [...] 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 art. [...] 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...’. Con referencia al mismo precepto escribe Zannoni: ‘La disposición legal alude a los contratos, aunque en verdad es aplica-



ble 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, reimpresión, pág. 128)".

Se cita luego a Farina ("... 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, págs. 20, 21 y 32–") y a 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?', concretando 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' [...] recientemente, Carnelutti, en Foro it., 1937, IV, pág. 99 [...] 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, generalmente, 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 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, págs. 573 a 575–").

Es sumamente claro el dictamen, al referir que "si el art. 1200 del CC 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, incluso, 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 [...] Es el distracto, en definitiva, un contrato extintivo del anterior celebrado por las mismas partes...”*

Trae luego referencia al proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, redactado por la Comisión designada por decreto 685/95 (Ed. Abeledo-Perrot, abril 1999), que en el Capítulo XII, Título II del Libro IV, trata de la extinción, modificación y adecuación del contrato, indicando que “*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 extinción, salvo estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro, y en todo caso no afecta el derecho de terceros’*”.

Al analizar argumentos en contra de la posibilidad del distracto, nos indica que 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 CC 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, págs. 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., pág. 489). ‘... 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, pág. 85) [...] Definido el concepto de causa, la razón económico-jurídica, la función práctico-social o el fin inmediato y determinante del distracto aparece claramente: la rescisión de la donación con el fin de reintegrar al donante el dominio de lo donado [...] 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, págs. 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 nue-*

vo 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 un nuevo contrato de permuta, conclusión que no tiene asidero en nuestro régimen jurídico [...] 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, pág. 575) [...] 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., pág. 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...".

Se presenta también como válida, en el mismo trabajo, la posibilidad de otorgamiento del distracto por los sucesores universales de las partes, con basamento en la continuidad de la persona de estas por parte de aquellos, a la que adherimos.

Entendemos que, independientemente de la postura adoptada, las críticas u oposiciones a las propuestas de subsanación deben ser interpretadas de manera restrictiva, a fin de no aumentar los supuestos de títulos imperfectos para el tráfico jurídico.

## Conclusiones

*Resulta observable el título de donación a terceros traído en consulta, analizado en primer término, en virtud de lo normado por el art. 3955 CC, doctrina y jurisprudencia citadas.*

*Resulta también observable el título de donación efectuada a las hijas que el cónyuge de la donante tiene de un matrimonio anterior, analizado en segundo término, a tenor de lo que dispone el art. 1807 CC, inc.1º, doctrina y jurisprudencia citadas. La nulidad debe ser declarada por el órgano jurisdiccional.*

*El distracto es medio válido de subsanación en ambos casos traídos en consulta, pudiendo ser otorgado tanto por los contratantes originales como por sus herederos.*