

## **DOCTRINA**

### ***CONTRARIUS CONSENSUS (A propósito de la pretendida bonificación de los títulos de donación)\*(56)***

CRISTINA N. ARMELLA

Una posición doctrinaria sostiene a ultranza que la donación a terceros, en tanto no se modifique la legislación vigente, es un título observable. El distracto aparece entonces como medio de subsanación.

Pero ¿sirve el distracto para salvar la pretendida imperfección de la donación?

Este aporte prueba que el llamado "distracto de las donaciones" celebrado con el fin de bonificar el título de propiedad inmobiliaria no es más que la configuración de un nuevo contrato, que instrumentado por escritura pública y seguido de la tradición de la cosa, genera en el donante la retransmisión de dominio, a título gratuito y con vocación registral, que está irremediablemente alcanzado por la normativa de las donaciones.

#### **SUMARIO**

1. Problemática. Primera parte. II. El distracto en nuestro derecho positivo civil. III. Terminología y concepto. IV. Naturaleza jurídica del distracto. V. Forma. VI. Distracto tácito. VII. Mutuo consentimiento. VIII. Efectos del distracto. a) El principio de ejecución contractual no impide el distracto. b) ¿Qué pasa luego de celebrarse el distracto? IX. El distracto en el derecho proyectado. Segunda parte. X. El distracto y las donaciones de inmuebles.

a) El distracto no puede extinguir las obligaciones creadas por los contratos, si ellas ya se encuentran extinguidas. b) El distracto no tiene virtualidad suficiente para "retirar los derechos reales que se hubiesen transferido". c) En general, el distracto es seguido de un contrato simulado o, lo que es peor, el propio distracto es simulado. XI. Conclusiones. XII. Soluciones alternativas. 1. Preventivamente. 2. Posteriormente.

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

**I. PROBLEMÁTICA**

¿Todas las donaciones son observables? La respuesta negativa se impone.

No obstante, en 1912, un muy publicitado fallo plenario(1)(57), al determinar que la acción de reducción era real (art. 3955 del Cód. Civil) dio sustento a la posición que aún hoy cree reivindicable el inmueble, si la donación que lo tiene por objeto afecta la legítima de los herederos forzosos o legitimarios.

"Esta es la única jurisprudencia conocida hasta la fecha sobre el tema", reza una consulta(2)(58); no obstante, la profundización de los estudios dio como resultado el hallazgo de un fallo con voto del doctor Colmo, que da por tierra con esta afirmación(3)(59).

A pesar de todos los esfuerzos realizados, todavía se dictamina: "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"(4)(60).

Este aporte no está dirigido a analizar el contrato de donación, especialmente de donación de inmuebles a herederos forzosos o no, o a terceros(5)(61), sino a abordar la solución que esgrime la doctrina notarialista, presionada por los dictámenes de las asesorías letradas de entidades bancarias y/o financieras(6)(62) que sostienen la observabilidad de los títulos provenientes de donaciones, que a efectos de sanearlos los distraeta.

Entonces el interrogante es:

¿Sirve el distracto para salvar la pretendida imperfección de la donación?

A ello se afirmó: "Las partes pueden otorgar una escritura de distracto mediante la cual dejen sin efectos la escritura relacionada, retrotrayendo la situación jurídica al estado anterior. El art. 1200 del Cód. Civil admite que por mutuo consentimiento puedan extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido, por lo que la cesión observada quedará sin efecto y como resultado de ello el titular del derecho pertinente podrá transmitirlo a título oneroso a quien corresponda, superando el cuestionamiento efectuado"(7)(63).

Este trabajo pretende probar, entre otros puntos, que el distracto:

- 1) No puede extinguir las obligaciones creadas por los contratos, si ellas ya se encuentran extinguidas.
- 2) No tiene virtualidad suficiente para "retirar los derechos reales que se hubiesen transferido" y que
- 3) En general, es seguido de un contrato simulado o, lo que es peor, el propio distracto es simulado.

**PRIMERA PARTE**

**II. EL DISTRACTO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO CIVIL**

Relacionado con las formas extrínsecas de pérdida de la eficacia contractual, es una especie del género rescisión que distingue la

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

"unilateral", "prevista", fruto de la voluntad tan sólo de una de las partes del contrato, o la "legal", cuando la ley la prevé y la "bilateral" o multilateral" conocida comúnmente bajo la denominación de distracto(8)(64).

Es tan sólo un contrarius consensus o contrarius actus o mutuus dissensus.

Es lugar común en la doctrina nacional reiterar que las notas que el Codificador redactó a los respectivos artículos del Código Civil no tienen fuerza de ley. En otras oportunidades, además, encontramos desinteligencias entre el artículo y su nota. Todo ello las convertiría en carentes de interés.

No obstante esto, Vélez Sársfield ha dado muestras de que nada mejor que la nota para entender el verdadero sentido de la norma.

Y con relación al art. 1200 del Cód. Civil(9)(65) (por otra parte el único pilar de sostén del distracto contractual, utilizado actualmente indiscriminadamente para pretender sanear la observabilidad de los contratos de donación) es, creemos, imprescindible detenernos en su nota.

"...Revocar un contrato significaría en términos jurídicos aniquilarlo retroactivamente, de modo que se juzgue que nunca había sido hecho; y ciertamente que el consentimiento de las partes no puede producir ese resultado. Las partes pueden extinguir las obligaciones creadas, o retirar los derechos reales que hubieren 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, por violencia, por dolo, etc., y en tal caso el contrato se juzga no haber tenido lugar. La transferencia del dominio, las servidumbres impuestas, si se trata de bienes raíces, todo queda sin efecto alguno como si el contrato no se hubiese celebrado". (Lo subrayado es nuestro.)

Aquí aparecen varios conceptos en juego, la rescisión, la revocación y la nulidad.

Los primeros comentadores del Código Civil no advertían con claridad los diferentes institutos que hacían a la extinción del contrato(10)(66).

Costó mucho esfuerzo a la doctrina caracterizar cada uno de ellos en el correcto contenido de su esencia, pero a esta altura de la evolución del pensamiento jurídico, en nuestro país, ha quedado atrás la confusión que generaba la utilización de un mismo vocablo, como por ejemplo revocación, para designar institutos diferentes.

Hoy, tanto la doctrina como la jurisprudencia han delimitado el contenido y el alcance de cada uno de estos institutos jurídicos, sobre los cuales no vamos a avanzar ya que excedería el marco de este aporte. Sólo volveremos sobre aquellos temas que son de interés al hilo argumental de los fundamentos de nuestras conclusiones.

Adviértase, por ejemplo que, cuando en la nota del art. 1200 del Cód. Civil se hace referencia al "hecho del incapaz", a la "violencia" o al "error", como ejemplificativos de situaciones que frustran los efectos de los contratos que padecen de la existencia de algunos de esos vicios congénitos de la voluntad, se está hablando de invalidez.

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

Y esta nulidad invocada por el sujeto jurídicamente legitimado cual es el incapaz, o el que haya padecido la violencia o el error, permitirá retrotraer las cosas al estado anterior, no por el mutuo consentimiento de las partes, sino por la sanción legal que impone la norma expresamente(11)(67). La retroactividad tiene que ver con el acto nulo (art. 1050 del Cód. Civil) y no con el anulable (art. 1046 del Cód. Civil), como son los supuestos planteados en la nota(12)(68).

Queda así probado que la utilización de la expresión "revocación" en la nota de referencia y para los supuestos enunciados es desacertada, ya que ésta para existir necesita de un contrato válido y eficaz o exigible, mientras que la invalidez se da cuando existe algún vicio congénito o anterior a la configuración del contrato(13)(69).

### **III. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO**

Segovia introduce la terminología de "distracto" en la doctrina nacional, que fue conocida a través de los aportes de Messineo, como "mutuo disenso" o "contrario consenso"(14)(70).

Es un tecnicismo anticuado que significa extinción de las relaciones obligacionales y reales de un contrato, provocada por la voluntad de los mismos contratantes. Si la propia voluntad de los sujetos del negocio sirve para vincularlos, de la misma forma pueden ponerle fin a esa relación, siempre que no se perjudique a terceros, ni se afecte el orden público<sup>4</sup>. Es un acuerdo hecho en sentido inverso al de su formación, sin efecto retroactivo(16)(71).

Esto significa que las partes, mientras no perjudiquen a los terceros, pueden, por mutuo disenso, "limitar o deshacer el ligamen mediante una manifestación de voluntad de efecto contrario a la que sirvió para constituirlos(17)(72))

La palabra distracto no fue ingresada por el Codificador al texto de ningún artículo del Código Civil, y sólo aparece en la rota del art. 1493 cuando menciona el distracto de la locación(18)(73) y su concepto es referido en la nota del art. 876 como doble remisión de deuda(19)(74), es decir como una remisión de deuda que ambas partes realizan en los contratos bilaterales(20)(75).

No se puede relacionar con la novación objetiva (art. 801 del Cód. Civil), porque este medio extintivo de las obligaciones la transforma en otra nueva. En el distracto, no hay nueva obligación, sino tan sólo extinción.

No todos los casos legislados de rescisión poseen fuente convencional ya que existen supuestos de rescisión legal previstos en el Código Civil, únicamente vinculados a contratos de tracto sucesivo: así locación de cosas (arts. 1602 y 1604), locación de obra (1638), sociedad (arts. 1759 y 1767), depósito (art. 2226, inc. 1), comodato (art. 2285) y excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1198, segunda parte)(21)(76)

Lafaille y Mosset Iturraspe opinan que no es posible la rescisión en los contratos unilaterales como el depósito o el comodato, los cuales serían pasibles de revocación(22)(77).

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

#### **IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL DISTRACTO**

Debemos buscar la naturaleza jurídica del distracto relacionándola con la rescisión, de la cual es su especie.

Aquí hay ausencia de conflicto. Pacíficamente las partes, antes de cumplir las obligaciones que crearon con el contrato, o en vías del cumplimiento de ellas y sin haberlas agotado, las extinguen por su sola voluntad para el futuro y sin que tal decisión sea generadora de perjuicios.

Si el contrato vincula, el distracto desvincula, concepto que nos viene dado desde el derecho romano(23)(78).

Mientras Domat la designó como contrato por su virtualidad extintiva de obligaciones y Savigny, por el simple motivo de su objeto jurídico y su bilateralidad, Pothier la entendió como acto jurídico bilateral rescisorio, que no poseía la entidad de contrato por extinguir obligaciones y no crearlas(24(79)).

A partir del art. 1101 del Code, la doctrina francesa sostuvo que sólo existe contrato como fuente de obligaciones cuando aquél las crea. Por ello el distracto que las extingue es sólo una convención jurídica(25)(80).

En nuestro país el doctor Spota fue contundente, al afirmar: "...para nosotros, y conforme al art. 1137, el distracto es un contrato" (lo subrayado es nuestro)(26)(81). Tampoco está alejado de este concepto Zannoni, cuando sostiene que se trata de un negocio o acto jurídico bilateral extintivo(por definición), que requiere el mutuo consentimiento de quienes, en su momento, lo otorgaron"(27)(82). Ni Mosset Iturraspe, al decir que: "Se trata de la posibilidad de extinguir relaciones jurídicas crediticias y reales por un nuevo contrato"(28)(83). Ni Garrido-Zago, cuando expresan: "Es simplemente el hecho de relevancia jurídica derivado de una nueva voluntad de las partes, que reuniendo todos los requisitos necesarios para la celebración de un contrato resuelven por mutuo acuerdo extinguir las prestaciones aún pendientes"(29)(84).

Muchos años antes, Lafaille se había enrolado en la posición contraria(30)(85).

#### **V. FORMA**

Advertimos, como no puede ser de otra manera, que si el contrato se ha efectuado por escrito, el distracto debe respetar esa forma(31)(86).

Si el contrato que se distrae es formal y además la forma es ad solemnitatem absoluta, la necesidad de la forma escrita y dentro de ella la del instrumento público designado, se presenta como insoslayable (art. 977 del Cód. Civil).

Consecuentemente, en caso de no cumplirse con la prescripción de la solemnidad prevista, el distracto adolecerá de una nulidad instrumental.

#### **VI. DISTRACTO TÁCITO**

La forma de la extinción por distracto puede resultar de una manifestación

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

expresa o tácita de la voluntad(32)(87).

No obstante, "este último modo de declaración de la voluntad es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva"(33)(88).

La doctrina entiende que el mutuo o recíproco consentimiento destinado por las partes a rescindir contratos y así extinguir las obligaciones nacidas de ellos, puede ser expreso o tácito de acuerdo con lo normado en el art. 1145 del Cód. Civil.

Obviamente, la existencia del acuerdo tácito involucrará una prueba más diabólica, únicamente librada a la apreciación judicial(34)(89).

"El consentimiento mutuo para rescindir los contratos puede manifestarse tácitamente, siempre que esa forma de expresión de la voluntad resulte admisible para la celebración de ese mismo contrato"(35)(90).

De las pautas expuestas se desprende que esta clase de distracto no es idóneo para dejar sin efecto un contrato formal, por lo que no profundizamos el análisis de esta variante.

## **VII. MUTUO CONSENTIMIENTO**

Para la rescisión contractual basta la mera declaración de voluntad de ambas partes(36)(91).

Aunque se trate de un contrato unilateral, éste no puede ser disuelto si no es con la participación de ambos sujetos negociales, debido a que la aceptación de la oferta ha generado la existencia de un negocio jurídico que intervincula a dos partes, salvo que una solución contraria haya sido pactada al tiempo de la configuración del contrato, o sea la misma ley la que lo autorice (como en el supuesto de revocación de las donaciones, que es un supuesto diferente del aquí abarcado(37)(92).

El consentimiento conjunto de las partes vinculadas por el contrato que se pretende distractar está regido por las reglas generales del consentimiento en la formación del contrato, tanto en cuanto a la capacidad, a la forma de la manifestación y a los vicios que puedan invalidarlo(38)(93).

Cuando los contratantes deciden dejar sin efecto las obligaciones nacidas del contrato por ellos concertado, la extinción es de esas obligaciones y no del contrato mismo, tal como Vélez lo expresa en la discutida nota del artículo.

Y esta solución modificatoria de sus primitivas voluntades encuentra su marco legal en la norma del art. 1197 del Cód. Civil

La ineficacia que provoca el distracto afecta el plano funcional del contrato y no el genético, y para que ello sea posible el contrato debe existir y ser válido y exigible(39)(94).

La fuente oculta de nuestro Codificador, el Esboço de Freitas, norma este instituto en los arts. 1958 y 1959, que permite a las partes del contrato y siempre y cuando éste no haya sido cumplido, distractarlo. "No habrá distracto sin nuevo consentimiento de las partes que contrataron"(40(95)).

## **VIII. EFECTOS DEL DISTRACTO**

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

La rescisión siempre opera hacia el futuro, sin perjuicio de los derechos de terceros(41)(96). En los contratos de ejecución continuada o periódica, no modifica lo que ya se ha ejecutado(42)(97).

Toda la doctrina está conteste en que se resuelven las obligaciones aún no cumplidas o pendientes de cumplimiento y para el futuro, o sea ex nunc "excepto que las partes, salvando los derechos de terceros - para quienes el acto es, por regla general, res inter alios acta-, dispusiesen lo contrario"(43)(98).

Es excepcionalísimo que los autores se expidan sobre la retroactividad de los efectos del distracto, posibilidad que sólo dejan librada a la decisión de las partes atendiendo a los derechos de los terceros, y al orden público, la moral y las buenas costumbres(44)(99).

En consecuencia, reiteramos, deben respetarse los derechos de los terceros, adquiridos a partir de la existencia del contrato(45)(100), así como también la oposición de ellos cuando revisten la calidad de acreedores de los sujetos negociales.

a) El principio de ejecución contractual no impide el distracto

El distracto se puede efectuar desde la misma celebración del contrato y hasta que las obligaciones a que ha dado lugar se agoten por cumplimiento. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tuvo oportunidad de expedirse con relación al distracto de un contrato que contaba con principio de ejecución, decidiendo que la figura es aplicable, siempre que se respeten los derechos de los terceros(46)(101).

b) ¿Qué pasa luego del celebrarse el distracto?

"Por efecto del contrario consenso, las partes deben restituirse todo lo que hubieran recibido con motivo del contrato, salvo pacto en contrario"(47)(102).

## **IX. EL DISTRACTO EN EL DERECHO PROYECTADO**

Luego que el decreto 2719/91 del Poder Ejecutivo vetó la ley 24032 por medio de la cual el Congreso de la Nación había sancionado con fuerza de ley la "Unificación de la Legislación Civil y Comercial" o "Código Único Civil y Comercial", continuaron los intentos por lograr la modificación más importante de nuestra legislación de fondo en pos de adaptarse a las necesidades del siglo que viene.

Durante este año 1994, se encuentran en estudio en la Cámara de Senadores dos proyectos de reformas al Código Civil. Uno proveniente con media sanción de la Cámara de Diputados, conocido como el proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, fruto del trabajo de la llamada Comisión Federal(48)(103) y el Proyecto de Reformas al Código Civil, que a instancia del Poder Ejecutivo Nacional redactó otra comisión designada al efecto(49)(104).

Ambos exponentes de nuestro derecho proyectado reformulan el art. 1200 en forma diferente.

Dentro del Proyecto de Reformas al Código Civil el tema de la rescisión lo encontramos en el Título XII, "De la extinción de los contratos" (arts.937 al

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

943) de la Parte Primera, "De los contratos en general", Sección Tercera, "De las fuentes de las obligaciones", del Libro II(50(105)).

Lo destacable de este proyecto es que trata los medios extintivos de los contratos en forma integral, diferenciando con claridad los supuestos de rescisión, de los de revocación y resolución, concluyendo con la confusión conceptual a la que nos referimos anteriormente, causada por la redacción del mencionado art. 1200 del Cód. Civil, que le llevó a la doctrina y jurisprudencia nacional tanto esfuerzo distinguir, resultado que se ve plasmado ahora en la norma proyectada.

Se orienta la regulación de este instituto jurídico, creemos que correctamente, hacia la naturaleza de contrato extintivo, con efectos ex nunc. Si las partes pretendiesen que su mutuo consentimiento causare efectos retroactivamente lo deberán convenir expresamente, siempre y cuando la naturaleza del contrato lo permita, y sin que ello genere la vulneración de los derechos de terceros.

Reiteramos que lo más destacable de la reforma es encuadrar la rescisión y sus efectos, como acto jurídico bilateral, en la normativa de los contratos, desplazando así aquella vieja discusión de si el distracto, por ser extintivo, carecía de la naturaleza de un contrato, destinado a generar y no a concluir con las obligaciones. En suma, norma el concepto como nuevo contrato extintivo del contrato anterior (dos actos jurídicos independientes) y no como desvinculación del mismo contrato primitivo.

Por su parte, el proyecto que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados, que mantiene la numeración de nuestra actual codificación, no modifica la redacción velezana del art. 1200, y sólo le agrega dos apartados, uno con el instituto de la extinción y la revisión del contrato por defectos causales y el otro con la teoría de la frustración del fin del contrato.

Sostenemos que el mantenimiento de la redacción originaria pierde la oportunidad de aclarar el alcance actual del artículo, ya que el texto agregado dirige su atención a priorizar la causa fin como elemento autónomo del acto jurídico (art. 953 bis del mismo proyecto), abarcando, tal como se expresa en el informe de elevación, supuestos esencialmente distintos como los de nulidad, rescisión, resolución y revisión por defectos causales, ejemplificándolos con la causa ilícita, errónea, falsa, con el incumplimiento, la imposibilidad de pago, la imprevisión, etcétera.

Si bien así planteado el tema la intención del legislador puede ser compartida, no logra sus resultados por no ajustarse a una técnica legislativa apropiada.

## **SEGUNDA PARTE**

### **X. EL DISTRACTO Y LAS DONACIONES DE INMUEBLES**

La búsqueda bibliográfica y jurisprudencial con relación al distracto en ocasión de las donaciones, y en especial de las donaciones de inmuebles, reconoce como resultado que el abordaje del tema, íntimamente relacionado con la rescisión, es prácticamente excepcionalísimo.



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

Analizando las causas de ello, estoy persuadida de que se debe:

A. En parte, a que ésta no es ni más ni menos que una creación notarial, fruto de aquellos que se enrolan en la teoría de la observabilidad de la casi totalidad de los títulos provenientes de donaciones, teoría que debe colocarse a la altura de los tiempos y replantearse a través de los nuevos y fundados estudios que se vienen realizando desde mediados de la década del setenta y

B. A que la doctrina civilista tradicional y de mayor prestigio del país no se ha planteado esta forma extintiva de las obligaciones que nacen de los contratos, para aplicarla a las donaciones (y especialmente para las donaciones de inmuebles).

Como ya afirmamos estamos contestes en que: "Rescindir un contrato significa dejarlo sin efecto, por medio de lo que en la ciencia jurídica se conoce como «distracto»"(51)(106) y que: "La rescisión de que hablamos sólo se concibe en contratos no agotados por cumplimiento; en contratos en vías de cumplimiento, ejecución continuada o tracto sucesivo, o en aquellos cuyos efectos no han empezado aún a producirse"(52)(107),

Por ello, si las obligaciones están ya cumplidas, no podemos hablar de rescisión, pues es imposible extinguir lo que ya no existe(53)(108).

Estas son algunas de las premisas básicas de fuente nacional que leemos a diario.

Veamos qué sucede con el contrato de donación de inmuebles (arts. 1789 y 1810 del Cód. Civil).

a) El distracto no puede extinguir las obligaciones creadas por los contratos si ellas ya se encuentran extinguidas

El primer efecto de la donación es la obligación de la entrega de la cosa donada, deber a cargo del donante, que se extingue con la tradición de la cosa.

Como contrato unilateral que es, queda expresamente celebrado con la aceptación de la oferta y totalmente cumplidas las obligaciones que de él emergen con la entrega de la cosa donada.

El contrato se pagó, en consecuencia el cumplimiento voluntario agotó la obligación a cargo del donante y que hace a la esencia misma del contrato.

En cabeza del donatario sólo existe la obligación de pagar alimentos, si la donación es sin cargo y siempre y cuando el donante no pudiese procurárselos (art. 1837 del Cód. Civil), por lo que esta obligación existe, pero su cumplimiento está condicionado a las circunstancias de vida del donante.

No puede interpretarse entonces como una obligación que hace a la naturaleza de este contrato por el cual una parte se obliga a transferir a la otra que lo acepta, en forma gratuita, la propiedad de una cosa (art. 1789 del Cód. Civil). Contrato unilateral (art. 1138 del Cód. Civil), gratuito (art. 1139, 3ª parte del Cód. Civil) y formal solemne absoluto (art. 1810 del Cód. Civil). En la nota al art. 1138, el Codificador explica que los contratos

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

unilaterales pueden generar alguna obligación en cabeza del acreedor perseguible a través de una acción, pero ella no es más que una consecuencia accidental de actos extrínsecos y no una consecuencia directa del contrato.

La unilateralidad o bilateralidad como cualidades que clasifican los contratos, son entendidas al tiempo de la formación del mismo. Las condiciones ulteriores (como en el caso que el donante no se pueda proveer alimentos) no modifican la naturaleza del contrato, por más que el donatario se encuentre obligado al pago en ciertas situaciones, especialmente si atendemos a la posibilidad de que acaezcan o no.

En consecuencia, otorgada y autorizada la escritura pública de donación de un inmueble y efectuada la tradición de la cosa al donatario, el contrato no sólo queda así celebrado, sino que a partir de allí produce sus efectos (salvo vicios anteriores o congénitos en sus elementos constitutivos) que se agotan con el pago de la obligación de transferir la propiedad, restando tan sólo la eventual obligación alimentaria de aplicación excepcionalísima en la práctica.

Los efectos de cualquier contrato perfeccionado son, en primer lugar, que éste es ley para las partes, por lo que no puede ser disuelto o modificado unilateralmente sino con el concurso de ellas; además genera la obligación de cumplirlo y es un modo de adquisición, modificación o traslación de derechos, pudiendo así producir la constitución de derechos reales en cabeza del accipiens.

Estos efectos deben diferenciarse de los efectos de las obligaciones, que son las consecuencias jurídicas que ellas producen para el sujeto activo y pasivo de la misma, como por ejemplo los regulados, para el caso del acreedor, en el art. 505 del Cód. Civil.

Por su parte existen otros efectos particulares de los contratos plasmados en los arts. 1201, 1202, 1203 y 1204 del Cód. Civil (excepción de incumplimiento, señal o arras, pacto comisorio), pero todos ellos son propios de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, como también la evicción y los vicios redhibitorios como efectos especiales de los contratos onerosos. Téngase presente que puede darse la evicción entre donante y donatario, pero que ella no es de la esencia de la donación gratuita (arts. 2145 al 2154 del Cód. Civil).

El contrato se extingue en forma natural, no produciendo ya sus efectos, por el cumplimiento de sus obligaciones.

Pero existen otras causales de extinción del contrato que no corresponden a su cumplimiento específico, como, por ejemplo, el acuerdo de partes (distracto); unilateralmente, por revocación o rescisión; o por incumplimiento de alguna de sus obligaciones (resolución).

Pero todas estas formas extintivas de los contratos requieren de un presupuesto, cual es que aún no se hayan agotado las obligaciones convenidas al tiempo de su formación o génesis. Es por ello que el contrato engendra obligaciones que se extinguen por cumplimiento<sup>(54)</sup>(109)

Todo induce a sostener que el distracto del art. 1200 del Cód. Civil es aplicable a los contratos de ejecución sucesiva y no a los de ejecución

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

instantánea, posibilitando la extinción de sus efectos para el futuro, y dejando firmes las prestaciones cumplidas.

Por lo tanto, no se puede aplicar al contrato de donación inmobiliaria no modalizado y cumplido.

No obstante, si nos ubicáramos en el ámbito de la total libertad de la autonomía de la voluntad y pensáramos que por este medio las partes pueden configurar un nuevo negocio destinado a dejar sin efectos el negocio anterior, este acuerdo posterior es un verdadero contrato, alcanzado por sus normas propias o de aplicación supletoria.

Los Mazeaud han sido claros en esto al analizar el art. 1134 del Code, segunda parte(55)(110) y la irretroactividad de la rescisión y de la revocación(56)(111). Las partes pueden decidir suspender las prestaciones en curso o pendientes, al mismo tiempo que volver las cosas al estado anterior del contrato. Ello genera efectos diferentes, no "borran ese primer contrato", porque no lo pueden hacer, sino que se restituyen recíprocamente lo que se han entregado. Son "dos operaciones sucesivas en sentido inverso" que protegen los derechos de los terceros, los que serían desconocidos por el principio de la retroactividad y no por el sistema del doble contrato(57)(112). Y continúan: "El principio derivado es verdadero incluso en materia de donaciones. Si, de común acuerdo el donante y el donatario deciden volver sobre la donación, no existe retroactividad, sino dos transmisiones sucesivas, dos donaciones en sentido inverso"(58)(113). Si pretendiésemos distraer una donación ya celebrada, el primer obstáculo es la extinción por pago (entendido este concepto como cumplimiento) de la obligación que hace a la naturaleza del contrato(59)(114).

b) El distracto no tiene virtualidad suficiente para "retirar los derechos reales que se hubiesen transferido"

Sabemos que esta (llamada por el doctor Zannoni) "inidoneidad funcional del negocio"(60)(115), que provoca la rescisión o el distracto, es posible sólo en el campo patrimonial y que además se trata de un verdadero contrato con el alcance del art. 1137 del Cód. Civil, acto jurídico bilateral y extintivo. Todo induce a pensar que este instituto puede utilizarse también para las donaciones, provocando la restitución al donante del derecho real de dominio transferido al donatario.

Cuando el art. 1200 del mismo ordenamiento jurídico expresa que las partes pueden de común acuerdo retirar "los derechos reales que se hubiesen transferido", esta expresión es poco feliz.

Desde el momento que el Código Civil argentino ha creado un sistema de derechos reales rígido, donde la autonomía de la voluntad se restringe, dando paso al orden público, la sola voluntad de las partes, y a costa únicamente de ella, no puede retirar los derechos reales que se hayan constituido, debido a que la extinción de ellos (y eso resulta de la expresión utilizada) no se logra tan sólo por la mera voluntad, ya que se requiere título (entendido como negocio causal e instrumentación por escritura pública en el caso de inmuebles, arts. 1184, inc. 1 y 1810 para las donaciones de

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

inmuebles), modo (tradición, arts. 577 y 2609 del Cód. Civil)(61)(116) y fuera de ello, para su publicidad y oponibilidad a terceros, atender al sistema registral (art. 2505 del Cód. Civil y ley 17801)(62)(117).

Cuando un contrato se distracta, a contrario de lo que sucedía en el derecho romano o en otras legislaciones, no puede considerarse que se aniquila retroactivamente como si nunca hubiese existido, ya que ello no es un derecho disponible por las partes (para la mayor parte de la doctrina), sino tan sólo se extinguen las obligaciones que lo reconocen como fuente, y en consecuencia se "retiran los derechos reales transferidos", si utilizamos la terminología del 1200 del Cód. Civil.

Esto es, a nuestro entender, lo grave del caso.

Si aun pudiésemos pensar que la donación de inmuebles como contrato cumplido puede distractarse, tal distracto nunca puede tener la virtualidad de hacer que la primitiva donación no haya existido, ya que sus efectos se extinguirán para el futuro (ex nunc)(63)(118), salvo y excepcionalmente para sólo algunos autores, que las partes lo dispongan expresamente.

Si la decisión de revertir los efectos del contrato retroactivamente no se manifiesta expresamente, ella no se presume, y los efectos sólo se extinguirán para el futuro.

El contrato debe ser entendido como fuente de obligaciones y cuando de donación pura y simple de inmuebles se trata, reiteramos, la obligación del donante es la entrega del inmueble al donatario, que se cumple con la tradición (art. 1833 del Cód. Civil).

Si la cosa ya fue entregada, la obligación de dar ha quedado extinguida por cumplimiento(64)(119).

Mas la finalidad del cumplimiento de esta obligación de dar cosa cierta (art. 574 del Cód. Civil) es constituir en cabeza del donatario el derecho real de dominio (o de condominio, si se tratara de varios donatarios), que se cumple con la tradición (art. 577 del Cód. Civil), acompañada de la instrumentación que obligatoriamente es la escritura pública (art. 1810 del Cód. Civil), y su posterior inscripción para su oponibilidad a los terceros (art. 2505 del Cód. Civil).

Título y modo reinan en el campo de la adquisición dominial derivativa, cuando se trata de actos entre vivos para la constitución de derechos reales que se ejercen por medio de la posesión. El título aunque sea suficiente, estando pendiente la tradición, produce efectos exclusivamente obligacionales, necesitando del modo para transmitir o constituir el derecho real.

Este esquema: contrato-fuente de obligaciones - y cumplimiento de la obligación de dar cosa cierta para constituir el derecho real de fuente convencional en cabeza del acreedor, no puede ser indiferente al intérprete, y menos al operador del derecho.

En esta línea de pensamiento, entonces, donde el distracto de la donación no extingue retroactivamente el contrato primitivo, y el mismo distracto es un contrato, estamos sumando una donación a otra donación, en base a que este distracto es un contrato también unilateral y gratuito(65)(120).

Recientemente afirmamos: "Creemos que quienes apoyan esta solución

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

como panacea de la suerte futura del contrato primitivo olvidan que el distracto, por el distracto mismo, también conlleva gratuidad. Se sumaría a aquella ausencia de onerosidad la falta de una contraprestación en ésta, lo que en vez de salvar el problema lo duplicaría sumando a los posibles legitimados activos de antes los actuales o a lo sumo generaría pretensión accionable en los herederos forzosos del donatario(66)(121).

"Pretender neutralizar una donación con otro contrato unilateral y gratuito, no mejora la situación jurídica ya que para que no sean reducibles, necesitan revestir la calidad de donaciones mutuas, las que de acuerdo a lo legislado en el art. 1819 del Cód. Civil son aquellas que dos o más personas se hacen recíprocamente en un solo y mismo acto"(67)(122).

De una manera general, podemos decir que la "pérdida del derecho real" produce el efecto que la cosa transmitida reingresa en el patrimonio del que la transmitió. Es la restitución al enajenante del derecho que había transmitido.

Pero es algo más que esto.

El derecho real de dominio en cabeza del donatario, que existe bajo nuestra forma de pensar, en base a un título perfecto, se extingue por una causa posterior y ajena al primitivo contrato, que como otro contrato que es necesitará para su existencia, validez y eficacia, de los elementos subjetivos, objetivos, formales y causales.

Y la causa es una liberalidad, no hay otra explicación posible.

Aquí no existe ningún supuesto de invalidez porque aun la doctrina que califica como observable al título, reconoce que tal observabilidad no alcanza la jerarquía de la nulidad, por lo cual aquella transmisión no era claudicante.

Insisto en la existencia de un contrato válido, dejado sin efecto por un cambio de voluntades contractuales, mediante la facultad que reconoce una fuente legal (art. 1200 del Cód. Civil), pero sin razón aparente, lo que implica, indudablemente, la gratuidad, que coloca a este nuevo contrato bajo la normativa pertinente de los contratos no onerosos.

Estamos ante una de las expresiones más libres de la autonomía de la voluntad, ya que la ley no exige "explicaciones" a los sujetos negociales, que por una decisión contraria deciden dejar sin efectos el negocio previo y así como les permite vincularse les permite desvincularse de la relación previamente concertada(68)(123), pero ello no modifica la naturaleza del contrato que se está extinguiendo.

c) En general, el distracto es seguido de un contrato simulado o, lo que es peor, el propio distracto es simulado

La extinción de las obligaciones y derechos reales concertados no es posible generarla con relación a otro objeto y con otros sujetos. Por ello se afirma que no existe plazo para llevarlo a cabo; salvo la vida de los primitivos contratantes, "...es un derecho que no pasa a los herederos"(69)(124).

Por participar de la naturaleza jurídica de un contrato extintivo, deberá revestir la forma del negocio jurídico que deja sin efecto, involucrar a los

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

sujetos y el objeto negocial en forma expresa y reconocer una causa.

Sostiene Jorge María Allende: "...no dudo en expresar que toda donación de un bien inmueble otorgado a favor de un «heredero forzoso», o de un «extraño o tercero», es un título perfecto que no merece, notarialmente hablando, ninguna observación legal"(70)(125).

Esta expresión, que compartimos, nos obliga a plantear el siguiente cuestionamiento: ¿nos detuvimos a meditar cuáles son los efectos que acarrea un distracto innecesario?

Convergamos la siguiente hipótesis: un tío dona un inmueble a su sobrino. En la misma escritura pública declara que es soltero, que sus padres han fallecido, y que nunca tuvo hijos extramatrimoniales o adoptivos, por lo que carece de herederos forzosos o legitimarios. El donatario luego vende celebrando en primera instancia un boleto de compraventa o contrae una importante deuda con la expectativa de lograr la obtención de un crédito bancario para pagarla.

Presenta su título de propiedad y el notario autorizante, en base quizá también a un estudio de títulos realizado por el escribano referencista o la entidad bancaria o financiera fundado en las definiciones de sus asesorías legales, frustra cualquiera de estos negocios jurídicos, colocando el bien prácticamente fuera del comercio, generándole al donatario, hoy vendedor o deudor hipotecario, los consiguientes daños patrimoniales.

Tiempo más tarde el tío fallece y se inicia el proceso sucesorio con el único fin de justificar que el donante ciertamente carecía de herederos forzosos al tiempo de la donación, para poder bonificar un título de propiedad que debió ser considerado bueno porque lo era intrínsecamente.

Los operadores del derecho enrolados en aquella corriente de opinión que tacha los títulos provenientes de donaciones, ¿se detuvieron a pensar en las consecuencias de tales calificaciones? ¿No les cabría una responsabilidad civil o profesional (disciplinaria) por haber impedido la celebración de negocios jurídicos posteriores a las donaciones?

A esto se podría contestar que se trata de un tema que está controvertido en doctrina, lo que obstaría a incurrir en responsabilidad.

También es dable remarcar que la jurisprudencia, citada al inicio de este aporte, habla de preterición del legitimario que surja del mismo título. Y aun avanzando más en el caso planteado, se puede aducir que la declaración del tío con relación de su estado civil y familiar podría ser insincera, ya que si bien la manifestación es un hecho que pasó ante el notario autorizante (art. 993 del Cód. Civil) su contenido no hace plena fe y puede caer por simple prueba en contrario, sin necesidad del proceso de argución de falsedad.

Aparece entonces el principio de la buena fe que debe regir toda contratación, aplicable tanto al donatario como a sus sucesores singulares, que para quienes pensamos que la naturaleza jurídica de la acción del art. 3955 del Cód. Civil es de inoponibilidad al heredero preterido, obsta a su invocación la ausencia de fraude(71)(126),

El ejemplo invocado reconoce hoy mayoritariamente un destino único, el pretendido distracto entre el sobrino (donatario) y el tío (donante). Luego el

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

tío vende o hipoteca a favor de un tercero o bien le vende al sobrino (todo ello por supuesto simuladamente) y este último celebra aquellos negocios con los terceros.

Como ya hemos probado, el llamado distracto es un nuevo contrato causa de la retransmisión del dominio, unilateral y gratuito. Pero acaece que este sobrino que distrae a favor del tío, es casado y tiene hijos.

Si la acción de reducción es real, fallecido el sobrino donatario, sus herederos forzosos podrán reducir este acto si el mismo afecta sus legítimas, persiguiendo el inmueble en cabeza de quien esté.

Si la acción de reducción es una acción de inoponibilidad, surgiendo del mismo contrato retransmisivo del dominio la existencia de herederos legitimarios, el fraude va a poder ser incoado contra el anterior donante (que luego reobtuvo el dominio por distracto), sus sucesores universales o singulares, siendo todos ellos responsables solidariamente del pago de dicho valor(72)(127).

Esto prueba que "es peor el remedio que la enfermedad".

Frente a la cada vez menos compartible opinión de la imperfección de los títulos provenientes de las donaciones, casi irreflexivamente aparece el distracto como la panacea de todos los males.

Y el distracto por el distracto mismo, esta gimnasia jurídonotarial que se reitera como una rutina de práctica, legítima a los herederos del distractante (si se me permite el término) o sea de aquel que retransfirió sus derechos, a accionar por reducción, si tal contrato que no reconoce otra causa que la gratuidad (ya que el título primitivo no era accionable) afecta sus legítimas(73)(128).

¿Qué seguridad existe al tiempo del distracto para calificar la donación como inoficiosa y reducible (arts. 1830 al 1832 del Cód. Civil)?(74)(129).

¿Y si no lo es?

La ausencia de una verdadera voluntad rescisoria bilateral que tenga intención de dejar sin efecto la donación, que sólo llega a esta solución para perfeccionar un título "perfecto", es atacable por los legitimarios del donatario no sólo por las típicas acciones derivadas de la donación, sino también por simulación o fraude (arts. 955 y sigtes. y 961 y sigtes. del Cód. Civil)(75)(130).

## **XI. CONCLUSIONES**

Estos argumentos se dirigen entonces a sostener que el distracto en nuestro derecho positivo como contrato extintivo no fue pensado por el Codificador para salvar a las donaciones de su presunta imperfección, por lo que se aconseja no favorecer su concertación a tal fin.

Solución de excepción, aun en el ámbito registral como medio subsanatorio de las inexactitudes registrales, el VIII Congreso Nacional de Derecho Registral ha concluido: "No obstante, este medio no debe ser aplicado indiscriminadamente, sino que debe reservarse para aquellos supuestos en que no exista otro medio idóneo de subsanación"(76)(131).

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

Los pocos antecedentes existentes en la provincia de Buenos Aires, a mérito de la labor de la Comisión Central de Consultas, se deben a contratos bilaterales onerosos(77)(132) o viciados de nulidad(78)(133).

Messineo es claro y contundente cuando expresa: "El contrato puede dejar de existir por efecto de su agotamiento. Este modo se diferencia de las que anteriormente hemos llamado vicisitudes del contrato (entre las que considera el mutuus disensus) porque, a diferencia de ellas, constituyen un modo absolutamente normal, por el cual el contrato termina" (lo agregado entre paréntesis es nuestro)(79)(134).

El contrato de donación inmobiliaria cumplido se extinguió por pago. Por carecer de prestaciones en vía de cumplimiento, donante y donatario no pueden, aplicando lo normado en el art. 1200 del Cód. Civil, dejarlo sin efecto, sencillamente porque no se puede extinguir para el futuro un contrato ya extinguido naturalmente por ejecución.

No obstante, nada priva que donante y donatario, luego de haberse agotado el contrato de donación inmobiliaria, resuelvan volver las cosas al estado anterior, en base a la más absoluta autonomía de la voluntad que rige sus conductas. Pero, entonces, lo que están configurando es un nuevo contrato, no un distracto stricto sensu, que para existir, ser válido, y producir los efectos deseados, por los sujetos negociales, debe estar alcanzado por las normas del Libro II, Sección III, Título I del Código Civil.

Como corolario afirmamos que el llamado "distracto de las donaciones para la bonificación del título" no es más que la configuración de un nuevo contrato que, instrumentado por escritura pública y seguido de la tradición de la cosa, genera en el donante la retransmisión del dominio, a título gratuito y con vocación registral, que está irremediabilmente alcanzado por la normativa de las donaciones.

Lejos de desanudarse el primitivo vínculo contractual, se suma a aquél un nuevo contrato con pretendidos efectos contrarios.

## **XII. SOLUCIONES ALTERNATIVAS**

Para aquellos que sostienen la observabilidad de los títulos provenientes de donaciones de inmuebles, y probado como es que el distracto es medio inidóneo para sanearlos, se aconseja:

1. Preventivamente

a) Favorecer las donaciones a herederos forzosos.

b) En cuanto se trate de donaciones de inmuebles a terceros, no herederos forzosos, que el donante manifieste su estado familiar, esto es, que carece de ascendientes, descendientes, sean ellos matrimoniales, extramatrimoniales y/ o adoptivos y que es soltero y/o viudo. Recordemos que la doctrina del fallo "Escary c/Pietranera", como la de los siguientes de aquella época, reconoció la posibilidad de atacar el título de donación sólo cuando de él surgiera manifiesta la preterición del heredero legítimo(80)(135), o



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

c) Asesorar al donante testar, legando la parte disponible al donatario e imputando la donación a ésta.

2. Posteriormente

2.1. En caso de muerte del donante:

a) La renuncia de la posible acción de reducción que tiene el o los herederos legitimarios.

b) La declaración del o de los herederos legitimarios de que la donación celebrada no es inoficiosa, declaración protegida en el tráfico jurídico por la doctrina de los actos propios. Para ello no es requisito esencial la apertura del sucesorio(81)(136),

c) No descartamos la donación convertida y edictada como una solución lógica, valiosa por lo novedosa (82)(137),

2.2. Por su parte no apoyamos la anulación judicial del contrato basada en la falta de causa que, orientada hacia la circulación de los bienes, aquí no se cumple(83)(138). Así como tampoco la acción resolutoria por la pretendida frustración del fin del contrato, ya que ésta depende de un acontecimiento anormal, sobreviniente y ajeno a las partes, que no haya sido provocado por ninguna de ellas, quedando fuera de su ámbito de aplicación los contratos unilaterales gratuitos, siendo minoritaria la doctrina civilista del país que los involucra en este instituto jurídico(84)(139).

***TÉCNICAS APLICABLES EN CASOS ESPECIALES O PARA SUBSANAR IRREGULARIDADES EN ESCRITURAS Y ACTOS SOCIETARIOS(\*)***(140)

NORBERTO RAFAEL BENSEÑOR

El presente trabajo contiene una variedad de situaciones societarias, algunas especiales, otras irregulares, con las cuales generalmente el notario debe operar. El propósito ha sido el de ofrecer una guía, con cita de las diversas opiniones existentes, a fin de colaborar en el conocimiento del planteo de cada caso en particular.

Entre los distintos supuestos explicados, el autor ha concluido afirmando la plena validez y eficacia de las potestades de los representantes societarios, independientemente de la decisión interna de los órganos colegiados. Esa conclusión se fundamenta en la propia interpretación de la ley 19550, en los pronunciamientos mayoritarios de la jurisprudencia y en el pleno convencimiento de quien escribe. Sin embargo, una vez más, el notariado debe apreciar estas opiniones con prudencia y debida diligencia y por tal motivo se aconseja siempre agotar todas las posibilidades a fin de incorporar los documentos habilitantes necesarios para perfeccionar la legitimación.