

Donación. Distracto *

Doctrina

- 1) *El distracto, mutuo disenso o contrario consenso, es un contrato atípico de rescisión, abolutivo del contrato precedente.*
- 2) *Su viabilidad respecto de todo tipo de contratos se fundamenta en lo dispuesto por el artículo 1200 del Código Civil, que recepta en lo particular el principio de la autonomía de la voluntad, consagrado a letra expresa en distintos artículos del mismo cuerpo legal.*
- 3) *La donación de inmuebles a quienes no resulten ser herederos legitimarios del donante genera un dominio revocable o resoluble, en virtud de las disposiciones legales vigentes. El distracto de tal donación obsta la posibilidad de una eventual acción de reducción por parte de herederos del donante, haciendo cesar el motivo de observación apuntado.*

Antecedentes

Según lo afirmado por el consultante, por escritura del 25 de octubre de 1985, pasada al folio... del Registro... de esta Ciudad, M. G. P. donó a su hermana A. P. las partes indivisas que le correspondían sobre un inmueble, posteriormente, por escritura del 19 de diciembre de 2001, autorizada en el Registro..., también de la Ciudad de Buenos Aires, celebraron escritura de distracto.

* Dictamen elaborado por la escribana **Rosana Gimeno** y aprobado por la Comisión de Consultas Jurídicas en octubre de 2006.

Considerandos

Sin perjuicio de reiterar la existencia de posiciones en disidencia y recordando que el dictamen no tiene carácter de vinculante, se efectúan las siguientes consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales vinculadas con el tema en cuestión:

a) El distracto *contrarius consensus, contrarius disensus* o *contrarius actus*, está contemplado en el artículo 1200 del Código Civil y se puede definir como la **rescisión derivada del mutuo consentimiento**.

La doctrina judicial tiene establecido que: “La rescisión bilateral es un acto por el cual se deja sin efecto, por voluntad de ambas partes, otro anterior (C 2ª Tucumán, LL 1976 A 104), aunque no hubieran previsto tal posibilidad en el contrato, y haya o no incumplimiento de una de ellas o de ambas” (CCiv., Sala D, LL 135-317). Los contratantes pueden acordarla amigablemente (CCiv., Sala F, LL 104-614, CCom., Sala B, LL 83-339) y si las dos partes así lo reclaman debe declarársela judicialmente (CCom., Sala B, LL 64-231).

La rescisión autorizada por el citado artículo alude siempre a supuestos de mutuo consentimiento, y no es confundible con la revocación referida a determinados contratos por lo general unilaterales, ni con la resolución, o pacto comisorio, que supone el incumplimiento (CCiv., Sala C, LL 100-559). El derecho de rescindir por mutuo consentimiento es **IRRENUNCIABLE** (C 2ª Tucumán, LL 1976-A-104) y, salvo pacto en contrario, corresponde la restitución de todo lo recibido en virtud del contrato (C1ª Mar del Plata, JA *Reseñas* 1970-315, N° 21) y se encuentra sometido a la misma forma que el contrato al que se refiere (cf. CCiv., Sala C, LL 125-680).

El **artículo 1200** del Código Civil, ubicado en la Sección Tercera: “De las obligaciones que nacen de los contratos” y dentro del Título I “De los contratos en General”, regula: a) la **rescisión bilateral**, por la cual las partes pueden extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido y b) la **revocación** “por las causas que la ley autoriza”.

El escribano Natalio Etchegaray avala la posición que sostiene que a fin de bonificar el título proveniente de una donación las partes contratantes o sus sucesores pueden distractarla. Al analizar el tenor del artículo 1200, expresa que “aparecen dos situaciones perfectamente diferenciadas: **ARTÍCULO 1200** –Primera parte–: ‘Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido’. Esto es 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, inclusive los derechos reales (por. ej.: dominio, hipoteca, usufructo, servidumbres). Sus efectos no llegan a configurar un aniquilamiento retroactivo. No permite argumentar que el negocio no existió. **ARTÍCULO 1200** –Segunda parte–: ‘y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos que la ley autoriza’. Esto es la revocación, acuerdo bilateral que deja sin efecto el negocio, que autoriza a extinguir

retroactivamente los derechos reales (por ej.: transferencias de dominio, hipotecas, usufructos, servidumbres), como si el contrato no se hubiera realizado. Requiere una causa que la ley autorice y 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 el mismo razones legales que lo tornan inválido o ineficaz. Si [...] la presunción de la existencia de herederos con derecho a invocar el art. 3955 del Código Civil se ha convertido en *juris et de jure* –ya que se está en la imposibilidad legal de demostrar lo contrario (autos Soncín)– [...] la revocación de las donaciones a terceros, por aplicación de la última parte del art. 1200, es un remedio digno [...] Más allá de la calificación que las partes realicen –‘distracto o revocación’–, 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 retro trayendo 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” (Academia Nacional del Notariado, p. 85)*.

b) El distracto es viable tanto respecto de contratos de cumplimiento agotado, como de los que tengan prestaciones periódicas pendientes, y aunque es más frecuente en este último caso, o en el supuesto de contratos cuyo cumplimiento no se hubiera agotado, el artículo 1200 del Código Civil no efectúa distinción alguna. Por el contrario, lo dispuesto en él es simplemente una aplicación “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 artículo 1200 C. Civil” (Borda, *Tratado de Derecho Civil argentino*, parte general, 3ª edición, N° 1239, p. 351).

Las partes pueden extinguir las obligaciones que nacen de los contratos y retirar los derechos reales transmitidos; así como pactar expresamente que esa extinción se produzca con efectos retroactivos dejando a salvo los derechos de terceros, tal como lo sostiene la mayor parte de la doctrina, y ello no viola norma imperativa alguna de nuestro derecho positivo. El distracto, en tanto querido libremente y declarado en forma explícita, puede importar, con los alcances que le acuerda la coincidente voluntad de las partes, la abolición –no la inexistencia– del contrato precedente. Es el distracto, en definitiva, un contrato extintivo del anterior celebrado por las mismas partes, que no puede ser disuelto [...] sino por mutuo consenso o por causas admitidas por la ley (cf. escribano Cerávoló).

La jurisprudencia tiene establecido: “El principio de ejecución no es óbice para la rescisión por mutuo acuerdo, que no tiene otra restricción que el res-

* N. de R.: ver *Revista del Notariado* 874, p. 65.

peto del derecho de terceros” (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, *LL Digesto Jurídico* 2, III- 708, N° 1063).

Por lo demás, conforme lo destacó el escribano Horacio Pelosi, el propio López de Zavalía recordó que en las donaciones quedaban obligaciones pendientes: las obligaciones de posterior alimento.

c) En opinión que se comparte, prestigiosos autores consideran que en toda donación a quienes no resulten ser herederos forzosos, se halla implícita la **condición resolutoria** en el caso en que resulte inoficiosa a la muerte del donante. Es la solución que emerge de la interpretación de los artículos 1830, 1831, 1832, 2670 y concordantes del Código Civil; en especial, el artículo 1831 dice, refiriéndose a quien realizó una donación inoficiosa, que “... sus herederos necesarios podrán demandar la reducción de ellas...”, de lo que resulta que la donación quedará sin efecto en la medida necesaria para cubrir la legítima si por el inventario de los bienes del donante fallecido se conociere que fueron inoficiosas. Ese “**si**” condicional que, en caso de darse, deja sin efecto la donación, evidencia que nos encontramos frente a una condición resolutoria para el caso de resultar inoficiosa (conforme Maffia, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, tomo II, p. 543, que cita al doctor Guastavino).

El escribano Ángel Francisco Cerávolo sostiene que el dominio así adquirido sería revocable o **resoluble ex lege**, o sea, se encontraría sujeto a una condición resolutoria prevista por la ley, y destaca que la inoficiosidad no importa nulidad ni anulabilidad sino, eventualmente, ineficacia, con sujeción a las reglas que el Código establece para el cómputo de la porción legítima.

En el expediente iniciado en el año en curso por la escribana E. H., el escribano Cerávolo ha expuesto: “En el distracto de donación de inmuebles las partes quieren la extinción de ese contrato y, en la terminología del Código, el ‘retiro’ (retransmisión) del derecho real de dominio que se transmitió, y de ninguna manera entienden celebrar, ni celebran, un nuevo contrato de donación. La ‘gratuidad’ del mismo es consecuencia de idéntico carácter del negocio que se rescinde; en otras palabras, 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 un contrato abolutivo del contrato precedente entre las mismas partes; 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, Luigi, *El negocio jurídico*, p. 575). Todo ello, claro está, sin perjuicio de los derechos de terceros. La gratuidad del distracto es, en todo caso, consecuencia natural de la gratuidad de la donación, del mismo modo que la onerosidad del distracto de una compraventa es

corolario lógico de la onerosidad de ésta, sin que pueda, en ambos supuestos, aseverarse la existencia de una nueva donación o una nueva compraventa. Por aplicación del principio universal de la autonomía privada, en tanto receptado y sancionado por el ordenamiento jurídico, es viable, en general, respecto de todos los contratos y, en consecuencia, respecto del contrato de donación de inmueble; es título causa suficiente para la transmisión del dominio en los términos del artículo 2602 del Código Civil; instrumentado en escritura pública (art. 1184), precedido o seguido por la tradición (art. 577) e inscripto en el respectivo registro (art. 2505), hace reingresar el derecho de propiedad de la cosa en la esfera patrimonial de quien fuera el trasmitente”.

ch) Vinculado estrechamente a lo antes expuesto, la mayoría de doctrina y jurisprudencia sostiene **el efecto reipersecutorio** de la acción de reducción en lo que respecta a las donaciones a favor de quienes no fueran herederos legitimarios del donante.

El **artículo 3955**, con la expresión “acción de reivindicación” refiere a la que compete al heredero contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación pasible de reducción por afectar a la legítima; por lo tanto, la reducción se efectúa en especie y no en valores; la acción de reducción disuelve el dominio transmitido por el donante, totalmente o en la medida necesaria para salvar la legítima.

d) A pesar de que se ha abierto camino una posición dentro de la doctrina notarial que considera que el distracto de la donación implica un nuevo contrato de donación por juzgárselo un contrato también unilateral y gratuito, nuestra opinión al respecto es contraria.

El escribano Cerávolo ha dado ejemplos prácticos que clarifican el tema en cuestión: “... la causa fin del distracto es la abolición o extinción del precedente contrato; si se trata del distracto de donación de inmuebles, las partes quieren la extinción de ese contrato y, en la terminología del Código, el ‘retiro’ (retransmisión) del derecho real de dominio que se transmitió y de ninguna manera entienden celebrar, ni celebran, un nuevo contrato de donación; ello, con abstracción de los motivos. Si el donatario nada recibe en el negocio jurídico consistente en la rescisión bilateral es porque, en todo caso, nada dio en el momento de la celebración del contrato precedente. Si se siguiera el criterio que ve en el distracto de la donación un nuevo contrato de ese tipo habría que concluir que la rescisión bilateral de una compraventa implica un nuevo contrato de compraventa, o en la hipótesis del distracto de una permuta, un nuevo contrato de permuta, conclusión que no tiene asidero en nuestro régimen jurídico [...] ejemplifiquemos: ‘B’ compra una máquina a ‘N’; paga el precio y recibe la cosa; típico contrato con prestaciones recíprocas cumplidas, posteriormente, por los motivos que fueran, las partes deciden rescindir el contrato reintegrándose esas recíprocas prestaciones ¿puede, en rigor, afirmarse que hay otro contrato de compraventa por el que ‘N’ le compra a ‘B’ la misma máquina que le vendió, recibéndola y pagando el mismo precio? Podrían darse otros ejemplos, tales como el de un boleto de compraventa de inmueble [...] concluido y agotado como tal, que las partes acuerdan rescindir

por mutuo consentimiento, ¿hay en tal caso, otro boleto de compraventa en el que las partes cambian las respectivas posiciones de promitente vendedor y promitente comprador? El distracto es simplemente rescisión del contrato que le dio origen; contrato atípico, figura jurídica autónoma [...] La **gratuidad del distracto es, en todo caso, consecuencia natural de la gratuidad de la donación, del mismo modo que la onerosidad del distracto de una compraventa es corolario lógico de la onerosidad de ésta, sin que pueda, en ambos supuestos, aseverarse la existencia de una nueva donación o una nueva compraventa**. Lo dicho, en tanto, en la realidad, la atribución patrimonial consecuente al distracto pueda calificarse como gratuita, pues que lo sea o no depende del juzgamiento del caso particular; adviértase que puede darse el caso de que el valor de la obligación alimentaria que impone al donatario en la donación sin cargo (art. 1837) sea equivalente y aun superior al de la cosa donada, en cuyo supuesto ha de calificarse el distracto como contrato oneroso. Sentada la premisa de la primera, en general, gratuidad del distracto de la donación gratuita [...] no procedería la acción reipersecutoria del art. 3955 del CC que pudiera intentar un heredero forzoso del donatario fundado en la gratuidad de la rescisión de la donación gratuita, libremente querida por el causante”.

Por su parte, en una Reunión de la Academia Nacional del Notariado, que obra publicada en *Revista del Notariado* N° 860, el escribano Pelosi expresa claramente: “El distracto no es donación. El distracto de un contrato es la rescisión de ese contrato [...] en modo alguno puede significar una nueva donación desde el momento que le falta algo importantísimo [...] que es el *animus donandi*”. Una posición avanza en el sentido de sostener que en el distracto existe una simulación. Esta apreciación no se comparte; el escribano Horacio Pelosi ha ejemplificado un supuesto típico: el caso de un sobrino que ha recibido por donación de su tío un inmueble, frente a la imposibilidad de venderlo ante la observación de su título, resuelve con el tío que le devuelva el inmueble y luego le donará el valor del inmueble en dinero, y concluye que en esta venta simultánea con el distracto de la donación no se puede presumir simulación.

La figura del distracto en general ha sido aceptada hasta el presente por los dictámenes de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas (vgr. Marta M. Grimoldi y Elsa Kiejzman, aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 14 de agosto de 1991, expte. 4283-S-1991, *Revista del Notariado* 826, año 1991, p. 827, *Revista del Notariado* 690, año 1966, pp. 1.502 y ss., *Revista del Notariado* 861, año 2000, pp. 177 y ss. –recopilación efectuada por el escribano Horacio L. Pelosi sobre la base de aspectos parciales de los dictámenes del escribano Francisco Cerávolo y Rosana Gimeno–).

La Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, el 31/10/2005, en el fallo “Portillo, Mariana C. Queglas, Alberto J.”, recepta la postura sostenida en forma invariable por esta Comisión Asesora de Consultas Jurídicas, entendiendo que el distracto de las donaciones a terceros hace cesar la observabilidad de estos títulos. Así ha expresado que “Cabe condenar a la compradora a escriturar a su nombre el inmueble respecto del cual demanda la rescisión del boleto de compraventa por considerar que el título de propiedad era observable –art.

3955 Código Civil– pues, si bien existió una donación entre condóminos, propietarios del bien –donando el 50% de uno a favor de otro– que generaba un título imperfecto, dicha liberalidad fue revocada de común acuerdo en los términos del art. 1200 del Cód. Civil con anterioridad a la celebración de la compraventa”.

El doctor Augusto C. Belluscio anota el fallo citado, también comparte la posición que propugnamos, manifestando respecto de lo dispuesto en el citado artículo 1200: “lo previsto en el artículo en cuestión es el distracto –que según el concepto que se tenga de contrato puede ser considerado como tal o simplemente como acto jurídico bilateral–, acuerdo mediante el cual se deja sin efecto un contrato anterior, el cual en definitiva, constituye una aplicación del principio de autonomía de la voluntad contractual, ya que quienes pueden formar el contrato (*consensus*) pueden también deshacerlo (*contrarius consensus* o *mutuus disensus*)...”; para luego razonar: “¿Cómo debe interpretarse el artículo 1200? [...] por vía de interpretación no cabría sostener lo contrario de lo que la ley establece ni una cosa diferente de ello. Pero si la norma presenta un supuesto fáctico o jurídicamente imposible, algún sentido hay que asignarle y, en el caso, ese sentido no puede ser sino aquel en el cual coinciden el precedente, la lógica y la aplicación armónica de los principios que en el Código rigen la materia. En efecto, si el artículo 1200 no existiera bastaría con la regla del artículo 19 de la Constitución, que veda privar de lo que la ley no prohíbe y con el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1197 para admitir que las partes pueden disolver de mutuo acuerdo el contrato que han celebrado, pues no hay disposición que prohíba hacerlo y que los contratantes decidan en ese sentido es para las partes el equivalente de la ley misma. No es posible aceptar que una disposición carente de sentido impida hacer lo que sería jurídicamente viable si ella no existiera [...] con efectos para las partes, porque como reiteradamente dice el Código: los contratos no pueden perjudicar a terceros (art. 1195 *in fine*) y los contratos no pueden oponerse a terceros (art. 1195), en este caso a los terceros que adquirieron derechos en virtud del contrato que se deja sin efecto. La conclusión es unívoca. Los contratantes pueden dejar retroactivamente sin efecto el contrato por mutuo acuerdo –la retroactividad de la extinción de los derechos personales y reales creados por el acuerdo primigenio es evidente– pero esa decisión no puede afectar los derechos personales adquiridos por terceros en el tiempo que media entre el contrato y su disolución ni los derechos reales adquiridos entre el contrato y la inscripción registral de esa disolución. Así lo ha reconocido siempre la doctrina [...] Los eventuales herederos del donatario no tienen derecho de impedir las disposiciones patrimoniales de éste en tanto no sean legitimarios que impugnen una donación inoficiosa, lo que no ocurre en el caso y los del donante pueden resultar beneficiados en lugar de perjudicados pues si la donación hubiera sido inoficiosa no tendrían necesidad de impugnarla” (*La Ley* del 28 de setiembre de 2006) *.

* N. de R.: publicado en *Revista del Notariado* 886, p. 164.

Conclusiones

La posición de esta Comisión Asesora de Consultas Jurídicas, que ha sostenido reiterada e invariablemente que **el distracto, mutuo disenso o contrario consenso es medio válido de subsanación de un título observable que genera la donación de inmuebles a terceros no legitimarios**, se ha visto recientemente reforzada por el expresado fallo emanado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, y por renovados comentarios doctrinarios, por lo que cabe reiterar la doctrina en el sentido señalado.