

Sucesión: acción de colación: concepto; finalidad; régimen legal; distracto; donación; improcedencia de la colación. Donación: distracto: régimen legal; procedencia *

Doctrina:

- 1) *La colación es una acción de carácter personal ejercida por el heredero forzoso contra coherederos, sobre bienes donados en vida del causante en la medida en que se afecte la legítima y no haya dispensa con la porción disponible. En virtud de ella, el heredero beneficiado debe reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el causante y si ese bien ha sido enajenado posteriormente, el tercero adquirente no puede ser molestado.*
- 2) *La acción de colación no persigue que se declare que el bien nunca salió del patrimonio del causante sino, por el contrario, que se transmitió al heredero forzoso, el cual debe compensar valores en*

la partición y constituye la acción principal con independencia de que en el ejercicio de aquella se demuestre la existencia del acto simulado.

- 3) *Nuestro Código Civil adopta en el art. 3477 el régimen de la “colación ficticia” –colación de valores–, lo que significa que debe traerse a la masa hereditaria el valor de lo recibido. Por ello, la acción de carácter personal no tiene efectos reipersecutorios, sino que se materializa mediante el cómputo del valor del bien donado en la hijuela del donatario y constituye un crédito y una deuda en los términos del art. 496 del Código Civil.*
- 4) *El distracto no sólo es concebible en los contratos en vías de*

* Publicado en *El Derecho* del 6/6/2007, fallo 54.711.

cumplimiento, en las prestaciones sucesivas o de ejecución continuada, sino también es factible a aquellas prestaciones cuyo objeto se encuentre cumplido, dado que el texto del art. 1200 del Código Civil no hace distinción alguna al respecto.

- 5) *El art. 1200 del Código Civil 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; y b) la revocación por las causas que la ley autoriza. Respecto del primero de los supuestos, no resulta del texto limitación alguna respecto del tipo de contrato; el derecho real transmitido, cuyo “retiro” se autoriza, no puede ser otro que el efecto de un negocio causal, agotado en sí mismo.*
- 6) *En los contratos que tienen por objeto derechos reales, no basta el mero distracto para que se desplace nuevamente a nombre del anterior titular el derecho real, es necesario cumplir con la tradición y la inscripción.*
- 7) *Lo que el consensus puede hacer, el contrario sensus puede destruir. Y en este supuesto la ley no indaga acerca de las determinantes subjetivas de los sujetos del negocio que por decisión concordante resuelven destituir de eficacia el acto, pues, en principio, todos los contratos son susceptibles de mutuo disenso, incluso los contratos reales.*
- 8) *El contrarius consensus o contrarius dissensus es precisamente el acuerdo de las partes con el ob-*

jeto de que un contrato celebrado entre ellas quede suprimido, o sea, la abolición del negocio precedente. Es el distracto un contrato extintivo del anterior celebrado entre las partes, cuyos efectos se producen ex nunc –es decir, para el futuro–, sin perjuicio de que las partes pacten lo contrario, siempre salvaguardando los derechos de terceros.

- 9) *Dado que no se encuentra establecido si hubo tradición de la cosa con ambos actos jurídicos –donación y su distracto–, y como el accionante nada dijo al respecto, ya sea que si la hubo o no, lo cierto es que resulta de aplicación al caso la teoría del distracto en los términos del art. 1200 del Código Civil.*
- 10) *En el distracto de la donación, el fin inmediato y determinante o la razón económico-jurídica, es la rescisión de la donación con el fin de reintegrar al donante el dominio de lo donado. Ello no puede entenderse que implique un nuevo contrato unilateral y gratuito, pues si la causa fin del distracto es la abolición o extinción del precedente contrato, en la práctica ello es el retiro retransmisión del derecho real de dominio a quien se lo transmitió y de ninguna manera la celebración de un nuevo contrato de donación.*
- 11) *La gratuidad del distracto de la donación se ve claramente, pues si el donatario nada recibe en el negocio consistente en la rescisión bilateral es porque, en realidad, nada dio al momento de la celebración del contrato precedente. Como contrato atípico, abolitivo*

del propio contrato precedente entre las partes, es causa suficiente para la transmisión del dominio en los términos del art. 2602 del Código Civil, luego de la instrumentación por escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, que hace reingresar el derecho de propiedad de la cosa en la esfera patrimonial de quien fuera su transmitente, desapareciendo entonces la posibilidad de una eventual acción de reducción o colación.

12) *El distracto de la donación celebrado por la causante y su madre no hizo más que volver las cosas a*

su estado anterior, ello es, el dominio del inmueble al patrimonio de la donante. En virtud de ello, mal puede el actor –cónyuge de la causante– reclamar nada por ello, al no ser colacionable dicho valor, por no integrar el patrimonio de su cónyuge a la fecha de su deceso y no encontrarse sujeto tampoco a una acción de reducción.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 61, firme, agosto 25 de 2003. Autos: “Bercovich, Osvaldo Néstor c. Romano, Amelia s/ sucesión s/ colación”.

Buenos Aires, agosto 25 de 2003.

Y *Vistos*: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: “Bercovich, Osvaldo Néstor c. Romano, Amelia s/ sucesión s/ colación” de los que resulta:

I. A fs. 13 se presenta Osvaldo Néstor Bercovich por intermedio de apoderada, iniciando demanda por colación contra Amelia Romano, solicitando la restitución del bien inmueble que le fuera donado en la sucesión de Mirta Susana Saied.

En el relato de los hechos, el accionante indica que es el cónyuge superviviente de Mirta Susana Saied y heredero forzoso de la misma, juntamente con la madre de la causante, Amelia Romano. Indica que su esposa transmitió a título gratuito a su madre un departamento ubicado en la ciudad de Mar del Plata, partido de General Pueyrredón, sito en el 8° piso de la calle Arenales..., en el mes de mayo de 1994, siendo de estado civil casada; que ello constituyó un adelanto de herencia y que, en virtud de lo normado por el art. 3476 y sigs. del Código Civil, la accionada “se encuentra obligada a reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida del difunto”.

Postula que en la copia del asiento registral, la transmitente, Mirta Saied, efectúa “un distracto de donación” a favor de su madre, la adquirente Amelia Romano de Saied, implicando ello un acto a título gratuito, y por ende un adelanto de herencia, cuyo valor es colacionable en un 50% del mismo.

Funda en derecho y ofrece prueba.

II. Corrido el traslado de la demanda, a fs. 25 se presenta Amelia Romano de Saied, por intermedio de apoderado, contestando la acción instaurada en su contra, negando todos y cada uno de los hechos expuestos en el libelo inicial, que no fueran objeto de su expreso reconocimiento.

Manifiesta que el inmueble objeto de *litis* perteneció originariamente a la accionada, y que el 9 de junio de 1987 fue donado junto con otros inmuebles

a Mirta Saied, hija de Amelia Romano. Que ello fue una “simulación absoluta”, y que las partes firmaron un acuerdo de restitución “Declaración”, con fecha 16 de junio de 1987, por el cual Mirta Saied reconocía la propiedad de la misma a favor de su madre en los términos del art. 960 del Código Civil. Sostiene que la transmisión del dominio del bien a favor de su hija fue anterior al casamiento con el actor, y que habiendo cesado las causas particulares que dieron origen al contrato simulado, Mirta restituye el inmueble (conf. arts. 955, 956, 957, Cód. Civ). Agrega que dicha donación originaria constituyó un acto simulado de simulación absoluta y, por lo tanto, inexistente, y que el contradocumento resulta oponible al accionante.

Ofrece prueba y solicita que se rechace la demanda con costas.

III. A fs. 42, se denuncia el fallecimiento de la accionada y, a fs. 80, se presentan sus herederos, Teresa Saied, Leticia Saied, Salomón Saied, Víctor Roberto Saied, Elisa Lucía Saied, por sus propios derechos, indicando el inicio de la sucesión respectiva ante el Juzgado del Fuero N° 39.

A fs. 85, se fija la audiencia del art. 360 del CPCC, la que se celebra a fs. 91. Abierta la causa a prueba, y producida la misma, se clausura el período probatorio, y se llaman los autos a despacho para dictar sentencia por resolución se encuentra consentida.

Y *Considerando*: I. De acuerdo con los términos en que quedó trabada la *litis*, se encuentra acreditado que el actor es el cónyuge supérstite de Mirta Saied, y heredero forzoso de ella, juntamente con la madre de la misma, Amelia Romano de Saied (fs. 55, declaratoria de herederos en el sucesorio que tramitó ante este mismo Juzgado, expte. N° 100.664/1998).

Conforme se desprende del libelo inicial, el actor pretende la colación de los valores donados por su cónyuge a la demandada, por no haber respetado la legítima, e implicar ello un adelanto de herencia (conf. arts. 1789, 3591, 3477 y conscs. Cód. Civ.).

II. Por una cuestión de orden metodológico, analizaré en primer término las características del instituto de la colación, y luego el de la donación, específicamente el distracto de ella a la luz de las probanzas de la *litis* (conf. art. 577, CPCC).

La doctrina considera que la colación es una acción de carácter personal, ejercida por el heredero forzoso contra coherederos, sobre bienes donados en vida del causante en la medida en que se afecte la legítima y no haya dispensa con la porción disponible.

En virtud de ella, el heredero beneficiado debe reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el causante y si ese bien ha sido enajenado posteriormente, el tercero adquirente no puede ser molestado.

En efecto, la acción de colación no persigue que se declare que el bien nunca salió del patrimonio del causante sino, por el contrario, que se transmitió al heredero forzoso, el cual debe compensar valores en la partición y constituye la acción principal, con independencia de que en el ejercicio de aquélla se demuestre la existencia del acto simulado.

Nuestro Código adopta en el art. 3477 el régimen de la “colación ficticia”

–colación de valores–, lo que significa que debe traerse a la masa hereditaria el valor de lo recibido. Por ello, la acción de carácter personal no tiene efectos reipersecutorios, sino que se materializa mediante el cómputo del valor del bien donado en la hijuela del donatario y constituye un crédito y una deuda en los términos del art. 496 del Código Civil.

III. De la lectura de la copia del instrumento público de fecha 2 de junio de 1994 (ver fs. 158) se desprende que las partes intervinientes, Mirta Susana Saied y Amelia Romano, celebraron un distracto de donación, en los términos del art. 1200 del Código Civil, por “mutuo y común acuerdo”. En él, resuelven rescindir el contrato de donación dejando sin efecto la transmisión del dominio a título gratuito que anteriormente había realizado Amelia a favor de Mirta, volviendo a quedar la situación jurídica dominial sobre el inmueble (objeto de *litis*) tal como se encontraba antes del día 9 de junio de 1987.

Entre los antecedentes del título, el escribano interviniente Dr. M., indica que le correspondía a Mirta “... por donación que le hiciera su señora madre Amelia Romano de Saied, según escritura de fecha 9 de junio de 1987...” (ver cláus. 1, 2 y 3).

También se dejó constancia en el instrumento precitado de que Mirta era de estado civil soltera a la fecha de la transmisión del dominio a título gratuito por parte de su madre (1987), y que era de estado civil casada a la fecha del distracto (1994), aun cuando se estableció expresamente que era un bien de carácter propio, y en el mismo no tenía asiento la sociedad conyugal (cláus. 6).

IV. Hasta aquí los hechos y actos, sobre los cuales no hay controversia.

El conflicto se suscita ante las distintas posturas sostenidas por las partes en cuanto a la naturaleza jurídica del distracto de donación, y los efectos que este acarrea.

Mientras la actora postula que en el supuesto de autos, la mitad del valor del inmueble es colacionable, por haber resultado la transmisión a título gratuito de su esposa a favor de su madre un adelanto de herencia –realizada cuando ya era casada–, la accionada postula que en realidad como consecuencia de una simulación absoluta del negocio causal originario, las cosas se retrotrajeron al estadio en el que se encontraban antes de la donación de 1987, como consecuencia del distracto o distracto de donación (v. gr. transmisión a título gratuito de Romano de Saied). En prueba de ello, la demandada acerca un contradocumento obrante a fs. 21 en copia, desconocido por el actor.

V. De acuerdo con las constancias de autos, se encuentra acreditado en los términos del art. 377 del CPCC que Amelia donó a su hija Mirta, en fecha 9 de junio de 1987, el inmueble sito en la calle Arenales..., piso 8º, de la ciudad de Mar del Plata, Prov. de Buenos Aires, y que con posterioridad, mediante la escritura pública de fecha 2 de junio de 1994, se produjo un distracto de donación en los términos del art. 1200 del Código Civil, tal como reza el mismo instrumento obrante a fs. 158/161 (ver cláusulas 1, 2 y 3).

Cabe señalar que, aun cuando no se acreditó la autenticidad del contradocumento de fs. 21 acompañado con la contestación de la demanda, lo cierto es que las partes intervinientes en el distracto expresamente dejaron constancia

de dicha circunstancia ante el escribano otorgante del acto, lo cual hace plena fe de la veracidad de los dichos de los mismos (conf. arts. 979 y 993, Cód. Civ.).

Cabe destacar, en lo que se refiere al negocio jurídico celebrado entre Amelia y Mirta en el año 1987 (v. gr. donación), que considero que existió un acto simulado (*causa simulandi*), pues de los elementos de juicio incorporados a la causa (expedientes sucesorios de madre e hija venidos *ad effectum videndi et probandi*, como la escritura pública de distracto), puede tenerse por suficientemente acreditada, y establecida la insinceridad del negocio (conf., entre otros, CNCiv., Sala E, del 5/12/97 *in re* “G. de P. E., M. R. c. G. A. y G., L. E. y otros”; ver Cifuentes, *Negocio jurídico*, Astrea, págs. 535 y sigs.), máxime cuando no hay controversia sobre tal cuestión, resultando por ende, innecesario profundizar sobre ello.

Por lo demás iría contra los principios del derecho natural pensar que una madre pudiera beneficiar a un solo hijo con la donación de varios inmuebles, en desmedro de los seis restantes, sin motivo alguno. Adviértase que el bien de Mar del Plata juntamente con otros dos (v. gr. el de la calle Avellaneda..., UF 3, y el de la calle Nazca..., UF 20, ambos de esta ciudad) fueron denunciados por los coherederos de Amelia, o sea por sus hijos —quienes eran a su vez hermanos de Mirta—, como integrantes del acervo sucesorio en la sucesión de la accionada, dado que todos ellos volvieron al patrimonio de Amelia Romano (ver fs. 12/13, escritura N° 29 correspondiente al distracto del inmueble de la calle Avellaneda, y fs. 19/21 de la transmisión de dominio de Mirta a Amelia).

VI. Sentado ello, resta analizar los efectos que el distracto de donación acarrea para las partes intervinientes, como para terceros, y su relación con la colación. Ahora bien, mientras un sector de la doctrina sostiene que el distracto sólo es concebible en los contratos en vías de cumplimiento, en las prestaciones sucesivas o de ejecución continuada, y de ninguna manera admisible en aquéllos agotados por el cumplimiento (conf. Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*; Armella, Cristina, “A propósito de la pretendida bonificación de los títulos de donación”, *Revista del Notariado* N° 837, págs. 194 a 218), la suscripta se adhiere a la postura contraria, igualmente respetada, de que ello no es factible de aplicar solamente a las prestaciones sucesivas, sino también a aquellas cuyo objeto se encuentre cumplido, dado que el texto del art. 1200 del Código Civil no hace distinción alguna al respecto (ver Colegio de Escribanos de Capital Federal, resolución del 19 de agosto de 1992, en *Revista del Notariado* N° 831, pág. 585; Osvaldo S. Solari, “Donaciones a terceros”, *Revista del Notariado* N° 841, págs. 197 y sigs.).

En tal sentido, señala el Dr. Guillermo Borda 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 del Código Civil” (ver *Tratado de Derecho Civil, parte general*, 3ª ed., N° 1239, pág. 351).

VII. 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” y b) la revocación “por las causas que la ley autoriza”.

Respecto del primero de los supuestos, entiendo que no resulta del texto limitación alguna respecto del tipo de contrato. El derecho real transmitido, cuyo “retiro” se autoriza, no puede ser otro que el efecto de un negocio causal, agotado en sí mismo, razón suficiente para justificar la postura que se sustenta en la presente.

VIII. Alterini postula que “El distracto, *contrario consensus* o *contrario actus* está contemplado en el art. 1200 del Cód. Civ. como rescisión derivada del mutuo consentimiento [...] mediante el mero distracto las partes podrían retirar los derechos reales que hubiesen transferido, lo cual es inexacto; para ello es menester, además del acuerdo rescisorio, la tradición (art. 577, Cód. Civ.) y, tratándose de derechos sobre inmuebles, la escritura pública (art. 1184, inc. 1º, Cód. Civ.) y la inscripción registral (art. 205, Cód. Civ., según ley 17.711 [ED, 26-961]...)” (Llambías-Alterini, *Código Civil Anotado*).

El Dr. Eduardo Zannoni en su libro *Ineficiencia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, reimpresión, pág. 128, claramente sostiene que “... La rescisión deja sin efecto 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 [...] 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...”.

De ello se colige que, en tal situación, las partes quedan obligadas a restituirse mutuamente lo que hayan recibido en virtud del acto extinguido. En los contratos que tienen por objeto derechos reales no basta el mero distracto para que se desplace nuevamente a nombre del anterior titular el derecho real; es necesario cumplir con la tradición y la inscripción.

IX. No cabe duda de que el distracto es un acto bilateral extintivo, que requiere el mutuo consentimiento de quienes oportunamente lo otorgaron, es decir que implica la ineficacia sobrevinida del negocio en virtud del reconocimiento de la autonomía privada. Por ello se ha dicho que “lo que el *consensus*” puede hacer, el *contrario consensus* puede destruir. Y en este supuesto la ley no indaga acerca de las determinantes subjetivas de los sujetos del negocio que, por decisión concordante, resuelven destituir de eficacia al acto, pues en principio todos los contratos son susceptibles del mutuo disenso, inclusive los contratos reales (ver sobre el tema Juan M. Farina, *Rescisión y resolución de los contratos*, págs. 20, 32 y sigs.).

En definitiva, el *contrarius consensus* o *contrarius dissensus* es precisamente el acuerdo de las partes con el objeto de que un contrato celebrado entre ellas quede suprimido, o sea, la abolición del negocio precedente (v.gr. no desemboca en su inexistencia). Es el distracto un contrato extintivo del anterior celebrado entre las partes.

Dado que no se encuentra establecido si hubo tradición de la cosa con ambos actos jurídicos (donación y su distracto), y como el accionante nada

dijo al respecto, ya sea si la hubo (v. gr. hay negocio concluido) o no, lo cierto es que, en atención al desarrollo argumental precedente, concluyo que igualmente resulta de aplicación al caso la teoría del distracto en los términos del art. 1200 del Código de fondo.

X. Respecto de los efectos de la rescisión, la doctrina coincide, como ya lo expresé anteriormente, que los mismos son *ex nunc*, es decir, para el futuro, sin perjuicio de que las partes pacten lo contrario, siempre salvaguardando los derechos de terceros.

La causa del distracto, entendida ella como la “razón económico-jurídica” o “el fin inmediato y determinante”, aparece claramente en el distracto de donación: la rescisión de la donación con el fin de reintegrar al donante el dominio de lo donado.

No puede entenderse que ello implique un nuevo contrato también unilateral y gratuito, pues si la causa-fin del distracto es la abolición o extinción del precedente contrato, en la práctica ello es “el retiro” retransmisión del derecho real de dominio a quien se le transmitió, y de ninguna manera la celebración de un nuevo contrato de donación. En ello podríamos hallar semejanzas con la rescisión de un boleto de compraventa con entrega de posesión, en el cual no hay un nuevo boleto de compraventa.

XI. La gratuidad del distracto de la donación se ve claramente, pues, si el donatario nada recibe en el negocio consistente en la rescisión bilateral es porque, en realidad, nada dio al momento de la celebración del contrato precedente. Como contrato atípico, abolitivo del propio contrato precedente entre las mismas partes, es causa suficiente para la transmisión del dominio en los términos del art. 2602 del Código Civil, luego de la instrumentación por escritura pública (conf. art. 1184, Código Civil), seguido por la tradición (conf. art. 577, cuerpo citado), e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble, que hace reingresar el derecho de propiedad de la cosa en la esfera patrimonial de quien fuera su transmitente, desapareciendo entonces la posibilidad de una eventual acción de reducción o colación.

XII. Establecidos los lineamientos jurídicos para la decisión del caso *sub judice*, puede concluirse que el distracto de donación celebrado por Mirta Saied y Amelia Romano de Saied no hizo más que volver las cosas a su estado anterior, ello es, el dominio del inmueble de la calle Arenales al patrimonio de la donante Romano, por lo que mal puede el actor reclamar nada por ello, al no ser colacionable dicho valor, por no integrar el patrimonio de su cónyuge a la fecha de su deceso, y no encontrarse sujeto tampoco a una acción de reducción.

Por los argumentos brindados precedentemente, conf. arts. 577, 1197, 1198, 1200, 1789, 3477 y concs. del Código Civil; 377, 68 y concs. del CPCC, jurisprudencia y doctrina citadas, fallo: 1) Rechazando la demanda interpuesta por Osvaldo Néstor Bercovich contra los sucesores de Amelia Romano de Saied. 2) Las costas se imponen al actor (art. 68, CPCC), a cuyo fin regúlanse los honorarios de la mediadora, Dra. P. E. D. en la suma de pesos... (\$...), los que deberán ser abonados en el plazo de diez días. 3) Difiérese la regulación de

honorarios de los restantes profesionales intervinientes, para el momento en que se encuentre consentida o ejecutoriada la presente. Regístrese, notifíquese y archívese. — *Liliana E. Abreut de Begher*.

Nota a fallo

Algo más sobre el distracto de donación *

Por **Julio César Capparelli**

Sumario

Introducción. El distracto y sus efectos. La ineficacia del acto jurídico y el distracto. La nulidad como supuesto de ineficacia. Las ineficacias funcionales. La resolución del caso.

Introducción

El fallo de primera instancia dictado ante el Juzgado Civil N° 61, firme, de la Capital Federal aborda nuevamente el tema del distracto de donación y sus efectos.

No resulta nuevo el tratamiento de esta problemática, pero esta vez desde otra perspectiva. Un fallo reciente de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, de fecha 31 de octubre de 2005 [ED, 216-464], se ocupó del tema debido a una demanda por rescisión de boleto de compraventa, en la que la actora planteaba su pedido en virtud de existir en los antecedentes del título de propiedad una donación a favor de quien no era hijo del donante. A fin de sanear el título se otorgó escritura de distracto, procurando que el titular primigenio pudiera entonces disponer del bien. La sentencia de Cámara confirma la sentencia de primera instancia, haciendo lugar a la reconvención y obligando a la actora a escriturar¹.

El problema subyacente se relacionaba con la dificultad de transmitir un “dominio revocable”, atento que una donación a favor de terceros permitiría la acción de los legitimarios que podrían perseguir el inmueble contra quien fue titular si la donación afectara su legítima, sobre la base de lo establecido por el art. 3955 del Código Civil.

Las diversas posturas doctrinales están emparentadas con el derecho de los legitimarios. Si la acción de reducción es real, el titular del inmueble puede ser vencido. Si se trata de una acción personal, no se genera este problema y los títulos que reconocen en sus antecedentes una donación no son observables. De acuerdo con el primer criterio, es importante poder afirmar si el distracto

* Publicado en *El Derecho* del 6/6/2007.

(1) 110.804 – CNCiv., Sala D, 31/10/05, “Portillo, Mariana c. Queglas, Alberto J.”, publicado en LL, 2006-E-599, con nota de Belluscio, Augusto César, *El distracto de donación*.

subsana el problema. Según el segundo, lo importante no es apuntalar el distracto sino esclarecer la naturaleza de la acción de reducción ².

El caso que origina la sentencia que comentamos ofrece un encuadre diferente.

Amelia Romano había donado a una de sus hijas, Mirta Susana Saied, entre otros bienes, un inmueble sito en la ciudad de Mar del Plata. Ello ocurrió el 9 de junio de 1987, siendo la donataria de estado civil soltera.

En el mes de junio de 1994, estando ya casada, otorga escritura de distracto de donación en los términos del art. 1200 del Código Civil, dejando sin efecto la transmisión del dominio a título gratuito realizada oportunamente.

Fallecida Mirta Susana Saied, su cónyuge Osvaldo Néstor Bercovich demanda por colación a su suegra, Amelia Romano, solicitando la restitución del inmueble. Sostiene el actor que su esposa, en la escritura de distracto de donación, ha efectuado un adelanto de herencia y que en virtud de lo establecido en el art. 3476 del Código Civil, la accionada debe “reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto”. Afirma que su cónyuge efectuó a favor de la madre un acto a título gratuito, que no es otra cosa sino un adelanto de herencia por haber sido efectuado a favor de una heredera forzosa, por lo tanto colacionable a pedido del actor.

La sentencia no hace lugar a la demanda. Para ello se funda en el alcance jurídico del distracto de donación y sus efectos, tema sobre el que versa esta nota.

El distracto y sus efectos

La sentencia, en sus fundamentos, reconoce que debe afrontar dos problemáticas. La de la colación y la del distracto, siendo para la resolución de la causa la más importante la del distracto.

Conviene recordar que el actor pide la colación, o sea, el valor de lo donado, no el inmueble en sí mismo. En este sentido, no existe disputa doctrinaria.

La donación efectuada a un heredero forzoso se presume un anticipo de herencia (art. 3476), naciendo en cabeza de los coherederos (art. 3478) el derecho a reclamar el valor de lo dado en vida por el difunto (3477).

Vélez se inclinó claramente por establecer que se trata de restituir el valor recibido, no la cosa. Esto es lo que reclama el actor, pero para ello necesita insistir en que el distracto implica una nueva donación para que el acto quede comprendido en lo preceptuado por el art. 3476, ya que el art. 3479 enseña que las otras liberalidades enumeradas en el art. 1791 no están sujetas a ser colacionadas, justamente porque no son donaciones. Además, el actor, siguiendo esa misma línea de pensamiento, debe remarcar que a la fecha del distracto, la otorgante estaba casada con él.

Con respecto a la colación no se plantean dudas, ya que el reclamante es heredero forzoso y dirige su acción contra la otra heredera forzosa. Pero esto

(2) Solari, Osvaldo S., “Donaciones a terceros. Algo más en un tema difícil”, *Revista del Notariado* n° 841, pág. 197.

sólo puede ser admisible en tanto y cuanto pueda afirmarse que el distracto constituye un nuevo contrato de donación. Éste es el meollo de la cuestión.

La ineficacia del acto jurídico y el distracto

La doctrina ha acuñado la categoría de ineficacia del acto jurídico como marco omnicompreensivo de diversos tipos de ineficacia.

Para llegar a la noción de ineficacia debe partirse de la noción misma de acto jurídico. Según el art. 944 del Código Civil, acto jurídico es el acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

Lo propio del acto jurídico es establecer relaciones jurídicas interpersonales. Su fuerza tiene la virtud de generar derechos, también conservarlos, modificarlos e incluso extinguirlos. La eficacia, entonces, del acto jurídico reside en hacer nacer derechos así como también en aniquilarlos. Éstos son los dos extremos. Lo importante es advertir que el acto jurídico tiene esta fuerza.

De allí se desprende la categoría de la ineficacia. Si el acto jurídico estructuralmente es tal, si no adolece de vicios, es eficaz. De lo contrario, es ineficaz, no produce efectos.

Esta primera afirmación nos lleva a concluir que existe una categoría de ineficacia que tiene que ver con la estructura del acto, con su nacimiento. El vicio en sus elementos hace que el acto jurídico no tenga la eficacia esperada.

En esta línea de pensamiento, la doctrina elabora como primer capítulo de la ineficacia el de las nulidades del acto jurídico.

La nulidad como supuesto de ineficacia

La nulidad será entonces una sanción legal que priva de efectos, o sea, de eficacia, al acto en virtud de un vicio existente al momento de la celebración.

El capítulo de las nulidades es bastante amplio. Clasifica los actos en nulos o anulables, de nulidad absoluta o relativa y reconoce diversos efectos. De estas clasificaciones se sigue una serie de consecuencias diversas que no es del caso pormenorizar en este lugar. Basta decir por ahora que el primer sentido de la nulidad en general parece ser la privación de efectos del acto jurídico.

Esta afirmación parece ser bastante clara. Sin embargo, a poco andar, encontramos en las disposiciones legales algunas cosas que matizan esta afirmación.

El acto jurídico está viciado, no produce efectos. ¿Es tan así? ¿Cómo lo sabemos?

El art. 1037 pide que la nulidad se funde en la ley y que sea declarada por el juez. Pero hasta que ello ocurra, el acto –que después será declarado nulo por la sentencia– produce efectos. Es así como, al menos respecto de los actos anulables, el art. 1046 dice que se reputan válidos y sólo serán tenidos por nulos desde el día de la sentencia que los anule. El art. 1038 afirma que los actos nulos se reputan tales aunque su nulidad no haya sido juzgada, pero esto no contradice la posibilidad de que produzcan algún efecto hasta que se dicte la sentencia.

El efecto más fuerte de la sentencia de nulidad es que “vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado” (art. 1050). Y el art. 1052 enseña que la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado. Hay un deber de restitución como consecuencia de la vuelta al estado anterior.

En el caso de una transferencia de inmueble, la cosa ha de ser devuelta al transmitente, y si el acto ha sido oneroso a su vez será devuelto el precio percibido. Lo que alguna vez estuvo en un patrimonio vuelve al patrimonio de origen.

Parece entonces que nada ha ocurrido, que todo está como era entonces. Sin embargo, el art. 1053 dice que los frutos se restituyen desde el día de la sentencia, no así los percibidos hasta esa época. Y el art. 1055 dice que las cosas fungibles consumidas de buena fe no deben ser restituidas. Además, el art. 1056 establece la obligación de indemnizar aunque el acto haya sido declarado ineficaz, pues produce los efectos del acto ilícito o de los hechos en general.

Si a esto le añadimos lo dispuesto en el reformado art. 1051, debemos aceptar que los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, sea el acto nulo o anulable, deben ser respetados.

Como primera conclusión podemos establecer que el acto nulo es ineficaz, que tal ineficacia hace volver las cosas al estado anterior, que nace la obligación de restituir, pero a la vez que produce ciertos efectos en su aparente vigencia y en todo caso respeta los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Las ineficacias funcionales

Otros supuestos de ineficacia se relacionan no con la estructura del acto sino con otras circunstancias que lo privan de sus efectos.

En el caso del acto nulo, en realidad, no estamos frente a un acto jurídico sino ante un acto que no contiene los elementos que posibilitan que sea jurídico. Aparentemente se muestra como tal, pero una vez establecido su vicio, la sentencia pronuncia su nulidad, su “no ser” acto jurídico.

De ahí se deriva su ineficacia, su falta de potencialidad jurígena.

En el caso de las ineficacias denominadas funcionales, el acto no adolece de defecto pero su ineficacia proviene de otra causa.

En lo estructural, en lo sustancial, en su ser acto jurídico no tiene defecto. Produce, en consecuencia, los efectos esperados, pero en su dimensión funcional, dinámica, operativa, puede verse privado de eficacia.

Tal es el caso de la resolución, la revocación y la rescisión del acto. Por una circunstancia sobreviniente, el acto pierde su ser ³.

En el caso de la *resolución*, la ineficacia está prevista en el acto mismo o en la ley en razón de un hecho sobreviniente, imputable o no, que extingue retroactivamente los efectos debido a que la ley o el propio acto le atribuyeron esa circunstancia.

(3) Alterini-Corna-Angelani-Vázquez, “Teoría general de las ineficacias”, *LL*, 2000-20.

Así sucede en los casos de aplicación del art. 1204 del Código Civil y del art. 553. Esta ineficacia produce determinados efectos. Por un lado, resuelto el acto deja de tener vigencia, deja de ser, por lo tanto deja de operar. Por otro lado, con respecto a los actos cumplidos como consecuencia de la celebración del acto, se hace necesario volver las cosas al estado anterior, o sea, a restituir lo recibido. Esto siempre sin afectar los derechos de los terceros.

La *revocación* causa la ineficacia del acto jurídico por voluntad de quien lo otorgó, como es el caso típico del mandato. También la ley establece la revocabilidad del testamento como modo de preservar la libertad del testador. En el caso de la donación, esta puede ser revocada por ingratitud del donatario, como lo preceptúa el art. 1866, o si estuviera sometida a un cargo por su incumplimiento, según lo establece el art. 1855.

En el caso del mandato, su revocación produce efectos para el futuro. La revocación del testamento lo deja sin efecto. Claro está que el testamento está destinado a producir sus efectos una vez acaecida la muerte del testador, pero atento a que como acto jurídico es válido, su revocación implica su aniquilamiento.

La revocación de las donaciones produce diferentes efectos según se trate del caso de ingratitud o de incumplimiento del cargo. En el primer supuesto, las enajenaciones hechas por el donatario no pueden verse afectadas por la revocación (art. 1866), pero entre las partes las cosas vuelven al estado anterior, con obligación de restituir o indemnizar en su caso (art. 1867). En el segundo caso, si la donación es de inmuebles y el cargo surge del instrumento, la revocación afecta a las enajenaciones e hipotecas consentidas por el donatario (art. 1855). No así en el caso de bienes muebles, a menos que el adquirente hubiera sabido de la existencia del cargo y de su incumplimiento (art. 1856).

Como puede apreciarse, las consecuencias no son idénticas pero se advierte que los derechos de los terceros de buena fe son respetados y que entre las partes hay una vuelta al estado anterior porque el acto jurídico que le dio origen ha dejado de ser eficaz, ya que simplemente ha dejado de ser.

La *rescisión* origina la ineficacia del acto por voluntad de los que lo han celebrado (art. 1200) o por decisión de una de las partes cuando la ley así lo permite, como es el caso del comodato, que permite al comodante pedir la restitución de la cosa (art. 2285), de la locación de obra, en la que el dueño de la obra puede desistir de la ejecución (art. 1638).

En el caso de referencia, la disposición aplicable es la del art. 1200 del Código Civil. La norma dice: “*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*”.

El artículo tiene una nota del codificador, por demás desgraciada e imprecisa, que cita como fuente el art. 1134 del Código francés.

En cuanto a la disposición en sí misma, ha merecido críticas por su vocabulario impreciso. Utiliza la palabra “revocación” en vez de “rescisión”, las que no tienen la misma significación. Quizás ello podría atribuirse a

una confusión algo frecuente en su época, pero actualmente el pensamiento jurídico ha ido esclareciendo las diferencias ⁴.

Así, en la segunda parte, el artículo dice que pueden, de común acuerdo, “revocar” los contratos, habiendo debido utilizar la palabra “rescindir”. Revocar un acto jurídico es un acto unilateral, que puede ser incausado como en el caso del mandato o por causa legal como en el caso de la donación. El art. 1200, en cambio, se refiere al *mutuus dissensus* o *contrarius consensus*.

En su primera parte dice que “las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubieran transferido”. Hasta ahí la disposición es clara, salvo que no explica que ello ocurre como consecuencia de la disolución del contrato.

En la segunda parte es donde confunde al sostener que “pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos por las causas que la ley autoriza”. Debió referirse a la revocación o decisión unilateral extintiva en los casos autorizados por la ley.

La nota del codificador incurre en peores imprecisiones dado que al tratar de iluminar, oscurece. Confunde una cosa con otra. Por un lado, sostiene que las partes no pueden aniquilar por mutuo acuerdo retroactivamente el contrato. En realidad, eso es lo que procuran, extinguir el acto, volver las cosas a su estado anterior, ello sin perjuicio de los efectos que se hubieran producido desde la celebración hasta ese momento. Por otra parte, le otorga efecto extintivo a la revocación y cita como ejemplo el contrato hecho por un incapaz o el realizado por violencia, dolo, etc. Dichos ejemplos responden a nulidades, a vicios congénitos del acto, no a una ineficacia sobreviniente ⁵.

El texto del art. 1200 parecería distinguir entre extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido, por una parte, y revocar, o sea rescindir por mutuo consentimiento, los contratos por causas autorizadas por la ley. Según Belluscio, “media una clara confusión conceptual, ya que no se comprende bien la diferencia entre dejar sin efecto el contrato y extinguir las obligaciones y derechos reales creados por ellos [...] resultando por lo demás inimaginable cómo podrían extinguirse las obligaciones creadas y retirar los derechos reales transferidos sin disolver el contrato” ⁶.

Las reflexiones de este distinguido jurista dan en el clavo. Una cosa es el distracto o mutuo acuerdo para dejar sin efecto el acto y otra la revocación o decisión unilateral en los casos en los que la ley lo autoriza.

En el caso del distracto se manifiesta la fuerza que la autonomía de la voluntad tiene para extinguir el acto, tal como lo tuvo para crearlo. Y no existe ningún obstáculo para que las partes deshagan el contrato con efecto retroactivo, extinguiéndose las obligaciones nacidas y “retirándose” los derechos reales

(4) Armella, “Contrarius consensus”, *Revista del Notariado* n° 837, pág. 196.

(5) Belluscio, ob. cit., págs. 600s. Armella, “Contrarius...”, cit.

(6) Belluscio, ob. et loc. cit., con profundas citas de los primeros comentadores y de la doctrina posterior, aportando además la interpretación de la doctrina francesa sobre el art. 1134 de dicha ley, que sirve de fuente a nuestro art. 1200.

con efecto retroactivo, para poder volver las cosas al estado anterior, dado que las partes lo que han hecho es aniquilar el acto.

La libertad que otorga el art. 1197 permitiendo que los acuerdos sean ley para las partes es aplicable en ambos sentidos: para que el acto se origine y para que se extinga. Ello por supuesto sin provocar un perjuicio a terceros, tal como lo establece el art. 1195 en su última parte ⁷.

Hay quien sostiene que el distracto deja sin efecto las obligaciones nacidas del contrato y ello para el futuro y no al contrato mismo –glosando la nota de Vélez–. En realidad, el distracto es un acto de naturaleza extintiva que requiere el consentimiento de los que en su momento otorgaron el acto ⁸ y tiene por fin el aniquilamiento del acto que provoca los efectos. Si las obligaciones quedan sin efecto, es justamente porque el contrato que les dio origen se ha extinguido. Este “nuevo contrato” no tiene por fin hacer nacer derechos sino ponerles fin y volver las cosas a su estado anterior.

Este pensamiento lo expresa claramente Alterini al decir que “es cierto que el acto resuelto, revocado o rescindido ya no podrá operar como tal, o sea, que no valdrá como tal. Sin embargo, la falta de operatividad o carencia de ‘valer’ que se evidencia en estos supuestos no es nada más que un simple e ineludible corolario de la desarticulación del ‘ser’. La situación no es esencialmente diferente a la que se presenta en el supuesto de los actos inválidos, los que declarada su invalidez, pierden sus efectos propios al igual que los actos resueltos, revocados o rescindidos [...] La correspondencia de efectos unidos a la invalidez y a las ineficacias sobrevinientes, demuestra que en todos esos supuestos está en crisis la sustancia del acto, su ser” ⁹.

Es verdad que autorizada doctrina sostiene que esta disposición sólo puede aplicarse a los contratos en vías de cumplimiento y no en los ya cumplidos ¹⁰, pero tal postura no es unánime, pudiendo aplicarse la disposición en ambos casos, ya que no surge limitación de tal disposición y el criterio amplio es concordante con lo prescripto en el art. 1197, sin dejar de recordar la norma constitucional del art. 19.

En cuanto a los efectos del distracto, ellos pueden ser *ex nunc* o bien *ex tunc* si así hubiera sido previsto en dicho acto ¹¹. Ello sin perjuicio de los derechos de los terceros que hubieran adquirido antes del mutuo consenso extintivo.

(7) Esta línea de pensamiento la recoge el proyecto de reforma del Código del año 1999 en su art. 1040, que dice: “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”. En ese texto se señala que el objeto del otro contrato es la extinción del anterior y que por estipulación puede tener efecto retroactivo siempre que no afecte el derecho de terceros.

(8) Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 128.

(9) Alterini, *Teoría...*, cit., pág. 20.

(10) Bueres-Highton, *Código Comentado*, art. 1200 anotado por Mosset Iturraspe.

(11) Boffi Boggero, Luis María, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VIII, voz “distracto”, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1988, pág. 1015.

La resolución del caso

La sentencia resume la doctrina actual y sus discrepancias optando por la interpretación que hemos expuesto.

Destaca los aspectos importantes para arribar a una solución justa. Por ello afirma que la causa-fin del distracto celebrado entre la hija y la madre era la extinción del primitivo contrato que implicaba la restitución de lo recibido. De ninguna manera se trata de un nuevo contrato de donación sino de la aniquilación del anterior, lo que no es lo mismo.

Añade un ejemplo análogo citando el caso de la rescisión de un boleto de compraventa con entrega de la posesión. Pudo haberse pagado el precio y entregado la posesión, en cuyo caso se devuelve la cosa y se le restituye a quien abonó el dinero, pero no se trata de un nuevo boleto de compraventa sino de dejar sin efecto el ya celebrado. Otra cosa sería un nuevo boleto a favor del anterior vendedor, seguramente por un precio diferente del pactado. Son casos similares pero no iguales. En este aspecto hay que insistir. Tampoco en el caso *sub iudice* quiso Mirta Susana Saied hacer una donación a su madre sino restituírle lo que ella le había transferido, fundado su acto en la obligación asumida en la época de la donación. Bien advierte el tribunal que no quiso Amelia Romano beneficiar especialmente a esa hija y perjudicar a sus otros hijos sino que, por alguna razón de confianza o práctica, le transfirió por donación ese bien. Luego, cumple la hija celebrando el distracto y restituyéndole el inmueble. Es evidente la voluntad extintiva del distracto.

En el caso era necesario, además, la escritura, la tradición y la inscripción para que las cosas volvieran al estado anterior, lo que fue cumplido.

Una buena sentencia y una justa solución.