

## La Causa en la Transmisión Dominial\*

Rubén Augusto Lamber

### Sumario

**I. Introducción. II. La causa en la obligación de transmitir el dominio de inmuebles. III. Tipicidad y atipicidad: Los contratos onerosos, gratuitos y neutros. IV. El fideicomiso como negocio neutro antes de la ley 24.441. V. La regulación del fideicomiso. VI. El usufructo al cónyuge en ocasión de la transmisión de la nuda propiedad a los hijos. VII. El distracto. VII-I. El influjo de la causa. VII-II. Los riesgos de un distracto incausado. VII-III. El distracto causado en la donación. VIII. Conclusión.**

### INTRODUCCIÓN

El tema propuesto nos sumerge en corrientes históricas del derecho en materia de transmisión de dominio, que nosotros limitamos por el momento a la propiedad inmobiliaria, desde dos institutos de importancia sustancial: la causa y la tradición. Más aferrados a la corriente romanista, ambos institutos conforman una unidad monolítica en nuestro Código Civil, aunque las influencias de las otras corrientes, como el consensualismo francés agudizado en el *constituto posesorio* o el *acto abstracto de enajenación alemán* en la experiencia registral, nos introducen en los cambios a través de la interpretación puntual del derecho frente a la realidad actual.

El acercamiento que produce la globalización afina los vínculos normativos y la perseguida seguridad jurídica propicia cambios en aras de su concreción. Reacio el codificador a la publicidad registral inmobiliaria, limitada en sus orígenes a la hipoteca, dio trascendencia a la *tradición* como lo que para muchos sería el único medio de adquirirlo por actos entre vivos. Así fue dispuesto en el inciso 4º del art. 2524 y precisado en el art. 577: “*Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real*”.

Establece a su vez el límite con la otra forma de adquisición, la *mortis causa*, al disponer en el art. 3265 que “*Todos los derechos que una persona transmite por contrato a*

(\*) Trabajo presentado en el *LIII Seminario Laureano Moreira*, realizado los días 7 y 8 de junio de 2007 en la Universidad Católica Argentina.

*otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones*". Podemos ya vislumbrar la exigencia del título y modo.

En el primer supuesto, título como equivalente a *causa* de la obligación. Siguiendo a Freitas, nuestro codificador –señala Zannoni– advierte que la causa equivale al *título de la obligación* conforme al art. 870 del Esboco, de lo que se deduce que *"No hay obligación sin título (...) sin un acto o un hecho que le sirva de antecedente o que le dé nacimiento"*<sup>1</sup>. Recuerda Zannoni la utilización de la expresión, en ese sentido, en artículos como el 1267, 2602, 2355 ó 4010, de los que merece rescatarse fundamentalmente el art. 2602 al disponer que la *"la tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio"*.

Y así aparece el *modo*, que en nuestro derecho está representado por un acto jurídico bilateral (art. 946 CC), reflejado por el art. 2377: *"Habrá tradición cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa, y la otra voluntariamente la recibiese"*. Esa entrega es material, sin que por ello requiera *"formalidades especiales ni fórmulas sacramentales, como se exigió en algunos estadios de la evolución del derecho romano"*<sup>2</sup>. Y agrega más adelante: *"La falta de ese modo suficiente significa falta de tradición, significa que esta no se ha producido, sin consideración alguna a que la frustrada tradición hubiese o no sido constitutiva de derechos reales"*.

Claro que esta entrega material, que lo diferencia de otros sistemas, tiene excepciones, como lo son la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*, afines con el consensualismo, pero insuficientes para modificar una regla. El título y el modo van de la mano en la adquisición del dominio, pero según el sistema regulado, en unos casos se estrechan y en otros se alejan. Se estrechan en el nuestro, de raigambre romana, porque como dice Eduardo Busso, *"la transferencia se produce por la entrega o tradición (...) La tradición es un acto distinto al contrato, pero no independiente de él (...) La suerte de la transferencia está vinculada a la suerte del contrato (caso de nulidades, rescisión, resolución, etc.)"*. Mientras que en el derecho alemán se distancian: *"La transferencia se produce por inscripción en los Registros en materia de inmuebles (...) La transferencia no solo es algo distinto del contrato, sino que tiene un valor independiente del valor del contrato. No sigue la suerte de este en caso de nulidad, rescisión, etc."*<sup>3</sup>.

(1) En *Código Civil y leyes complementarias*, bajo la dirección de Augusto C. Belluscio, tomo 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 539.

(2) Siperman, Arnoldo, "La tradición traslativa del dominio" en *Cuadernos del Centro de Derechos y Ciencias Sociales*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 17.

(3) *Código Civil Anotado*, tomo IV, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1958, p. 20.

Es interesante señalar que el art. 3265 marca la impronta de la causa como fuente de la obligación en el *contrato*, que unido a la tradición produce la transmisión dominial, denotando el efecto genético del mismo, en tanto no debe estar viciado o el funcional, en cuanto a la proyección del primero en el desarrollo futuro, que por frustración genera ineficacia, o por cumplimiento de sus propias condiciones o cargos, retransmisión.

En estos supuestos, la causa de la transmisión no es el contrato mismo sino sus efectos, incluyendo la nulidad. Y, como sostiene Busso: *"La recuperación de la propiedad por el ex propietario puede proceder en virtud de múltiples causas, y en cada caso las normas particulares que rijan el respectivo supuesto resultarán decisivas para su solución. A título de ejemplo pueden citarse: la nulidad del acto que determinó la transferencia, su resolución o su rescisión; el cumplimiento de una condición resolutoria o el incumplimiento de una condición suspensiva o cargo resolutorio; la reducción de una disposición a título gratuito; la revocación del acto por vicio de fraude; la configuración de cualquier caso de dominio imperfecto o revocable; etc."*<sup>4</sup>.

La tradición necesita en nuestro derecho de este sustento causal para legitimar tanto la transmisión como la retransmisión, y su ausencia, falsedad o simulación la nulifica o pone de manifiesto su inexistencia como posesión a título de dueño, para transformarla en mera tenencia. Es por ello que el complemento publicitario que recibiera nuestro derecho a través de la reforma de la ley 17.711 al art. 2505, no produce efectos constitutivos del derecho que ya nació entre partes por la conjunción de título y modo, haciendo de la falta de inscripción, solo una inoponibilidad frente a terceros.

La inmediata regulación de la publicidad registral con la ley 17.801 mantuvo el derecho en estos parámetros, aunque bajo la sospecha de diversificación del derecho real en grados (mayor o menor) según fueran las circunstancias. Título no registrado, derecho de grado menor; título registrado, derecho real de grado mayor, por cuanto requiere de la inscripción, pero configurado como tal por el art. 20 de la ley 17.801, que al decir de Molinario, *"hiere de muerte a la primera parte del art. 2505, pues establece: 'Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado'". Por esta vía es que se ha introducido la distinción entre derecho real de grado mayor y derecho real de grado menor siempre en materia inmobiliaria"*<sup>5</sup>.

Este avance por vía interpretativa de la publicidad registral, hacia la constitución misma del derecho real, no alcanza en modo alguno a vincular la nueva legislación con

(4) Busso, op. cit. en nota 3, tomo IV, p. 30.

(5) Molinario, Alberto D. "Del derecho registral y del derecho registral inmobiliario" en *Curso de Derecho Registral Inmobiliario*, publicación del Ministerio de Justicia, Buenos Aires, 1971, p. 37.

el acto abstracto de enajenación del derecho alemán, en tanto la inscripción, a diferencia del nuestro, es producto de un convenio abstracto, separado e independiente del contrato causal, que genera la presunción de que el derecho pertenece al titular inscripto.

Aun más, "el Código Civil alemán dispone que para quien adquiere un derecho real sobre la base de una inscripción en el Registro, esta se tiene por exacta (no simplemente por presumida) a menos que se encuentre anotada una litis sobre la inexactitud de la inscripción o que esta inexactitud haya sido conocida por el adquirente; en otros términos, la fe pública del Registro, solo ampara al adquirente de buena fe que se presume"<sup>6</sup>. Marcadas las afinidades y diferencias con otros sistemas, queda relevante para nuestra investigación la importancia de la causa en la transmisión del dominio y la necesidad de explorar las distintas circunstancias en que el problema se presenta.

Actos onerosos, en los que la contraprestación es sustancial; actos gratuitos en los que el ánimo de dar (más o menos desinteresados según los casos) es privativo y actos neutros, donde el acento no está puesto necesariamente en la valoración económica, y que por tanto necesitan de una verdadera justificación de los fines contenidos en el contrato para poder calificarlos, a la par de negocios tipificados, que aseguran el conocimiento pleno de su estructura genética y funcional, así como de sus efectos regulados dentro de la estructura normativa prevista y los no tipificados, que quedan sujetos casi exclusivamente a su propia regulación, producto de la autonomía de la voluntad.

## II. LA CAUSA EN LA OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR EL DOMINIO DE INMUEBLES

Cuando el art. 1137 del Código Civil establece que habrá contrato "*cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos*", está objetivando la voluntad de cada parte, en función de lo que resulta del acuerdo.

La voluntad contractual, si bien es el resultado de las voluntades individuales que la forman, es distinta en tanto configura la resignación de ciertos intereses en pos de la afirmación de otros, que se convierten en superiores por la configuración del acto en el marco normativo. La conciliación tiene una primera finalidad, que es la de encuadramiento dentro del orden jurídico al que se subordinan, y por ello se ha llegado a decir, genéricamente, que siempre la causa de la obligación es la ley.

Pero, hilando más fino, se busca una precisión mayor, diferenciando la causa en el con-

---

(6) Dassen, Julio. *Acciones Posesorias, Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 75.

trato, cuando resulta del acto voluntario lícito, de la causa en la ley, que al decir de Planiol, citado por Busso, eran las únicas fuentes de las obligaciones<sup>7</sup>. La búsqueda de las fuentes en el derecho romano, nos llevan a las cuatro clásicas, diferenciando el contrato del cuasicontrato, y el delito del cuasidelito, amén de la ley *stricto sensu*. En la evolución doctrinaria se van agregando otras fuentes, como la declaración unilateral de la voluntad, afirmada por unos, así como negada por otros en función de su operatividad solamente ante la exigencia de la misma por quien está interesado e involucrado, haciendo de su aceptación una conversión a la fuente contractual, o el enriquecimiento sin causa, que obliga a restituir justamente por la carencia de causa.

Más que entrar en el estudio de las fuentes, nos interesa analizar en particular la causa en lo que parece ser una distinta configuración normativa, según la interpretación que se diera a los artículos 499 por un lado y 500 a 502 por el otro. Partiendo de una noción genérica de causa, es indudable que tiene un sentido determinante del ser, le da existencia a algo que a su vez configura su naturaleza y produce efectos. La correlación entre ambos elementos (naturaleza y efectos) identifica el ser y, en la investigación de las ciencias fácticas, la repetición de los hechos a través de la experiencia, nos permite afirmar su identidad.

En el mundo jurídico, en el que las conductas son determinantes de la calificación normativa, el análisis de la voluntad es fundamental para conocer la causa de una obligación del sujeto pasivo o deudor y el derecho del sujeto activo o acreedor. Pero el derecho no ha dejado desierta la consideración de la causa, sino que la ha vinculado desde aquella óptica abstracta de la voluntad contractual, estableciendo un ordenamiento jurídico, que resulta de los propios intereses involucrados en el acuerdo de voluntad, a partir de la licitud del acto jurídico, tal como lo señala el art. 944: "*Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos*".

Este fin o causa es tan genérico dentro de la voluntad individual implicada, como la voluntad contractual en abstracto, porque se privilegia el marco normativo dentro del cual debe desarrollarse y, profundizado, tipifica casos cristalizados a través de la larga evolución institucional del derecho, como la *compraventa*, fiel representación del acto *oneroso*, o la *donación* referida al acto *gratuito*, cuando lo es en estado puro y sin las variables de onerosidad que puedan resultar de los cargos o condiciones impuestos al acto.

En esa tipificación normativa, no existen dudas de cuáles son las causas presentes, principales y determinantes del acto, porque a ello obliga, antes que nada, el acogi-

---

(7) Busso, op. cit. en nota 3, t. III, p. 78.

miento al tipo determinado. Y, así como en lo oneroso la primera finalidad de la voluntad de las partes es la contraprestación de la otra, en el acto gratuito lo es la voluntad de quien quiere hacer un desprendimiento patrimonial, sin necesidad de justificar por qué motivo, en tanto no se pruebe la ilicitud, falsedad o falta de causa. En los casos tipificados, la causa de la obligación de transmitir del vendedor o del donante es el contrato mismo, y como tal, no solo *se presume la existencia de causa*, sino su *licitud*.

Para contrarrestar esta presunción normativa, habrá que penetrar los presupuestos del acto, sea en lo genético (consentimiento libre de error, dolo o violencia, simulación, fraude o lesión) o en su sinalagma funcional, que resulta del objeto del contrato y que su desarrollo posterior no deberá contradecir sino confirmarlo. Demostrado en cambio el error en la causa, o en el objeto, o en la persona, o el dolo o la violencia sobre la intención, o la voluntad simulada o fraudulenta o viciada de lesión, se destruye la integridad del acto, se ponen en descubierto los verdaderos fines, o la falta de ellos, y entonces con la presunción y protección normativa, se produce el aniquilamiento de los efectos previstos originariamente, para dar lugar a los otros que lo sustituyen. Pero este aniquilamiento se produce, no como en los efectos del contrato por obra de su estructura y regulación, sino por la prueba que se dé de los verdaderos fines, ocultos en una forma tipificada que termina siendo distinta a la voluntaria.

En el primer caso estamos frente a una causa fuente, contemplada por el art. 499 y aceptada como tal por la generalidad de la doctrina, no obstante, calificadas excepciones. Al decir de Zannoni, *"toda obligación existe como exigencia del principio de razón suficiente"*, pero esta se manifiesta en dos sentidos diferentes: "a) *La causa como relación de causalidad propiamente dicha (...) En el campo de las obligaciones, todo vínculo jurídico de carácter obligacional reconoce o se explica en razón de un hecho externo y antecedente que es su fuente. El vínculo es el efecto y reconoce una razón eficiente (causa eficiente) que es, precisamente, la fuente, la causa de su existencia. He aquí la llamada causa fuente*"<sup>8</sup>.

Es a ella a la que se refiere el art. 499 y, en el caso que tratamos, es el contrato la fuente de la obligación, sin entrar a considerar los fines, que es el otro sentido de la causa referido por Zannoni: "b) *La causa como sujeción al principio de finalidad (...) lo que existe, existe para algo, tiende a algo. Del mismo modo que la obligación no existe en sí misma, sino que reconoce un origen, una fuente antecedente que la creó (fuente) esa obligación no es un fin en sí misma, sino que constituye el medio para lograr ese fin*"<sup>9</sup>.

---

(8) *Código Civil*, op. cit. en nota 3, pp. 533/534.

(9) *Ibid.*

Es justamente a lo que se refieren los artículos 500 a 502 para la generalidad de la doctrina, pero que a nuestro criterio debemos replantear con relación al art. 500 en tanto declara que *“aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario”*, dado que tiene una doble lectura. Se presume que existe la causa, como causa fuente, en tanto se trate de su existencia, pero en cuanto a la causa fin o motivo determinante del acto en sí, cuando no es posible la presunción, deberá probarse. Es que, al decir que mientras el deudor no pruebe lo contrario (existencia de la causa), se está refiriendo a la fuente, pero al ser ella falsa o no existir a pesar de la apariencia de existencia que da el contrato, debe entenderse que se está refiriendo a la causa fin, o motivo determinante, única interpretación posible para aniquilar efectos que no corresponden a un contrato de existencia aparente, pero nulo o anulable y por tanto privado de los efectos de un acto ineficaz.

Concordante con ello, Busso expresa: *“Quien al contraer una obligación, la vincula a la obtención de una finalidad irrealizable o inexistente (falta de causa) actúa, sea por error, sea con el deliberado designio de ocultar la causa verdadera. El primer caso encuadra en el art. 1045 (anulabilidad de los actos por vicio de error) configurándose una situación de anulabilidad relativa, ya que la respectiva acción prescribe a los dos años de haber conocido el error (art. 4030) (...) Si se hubiera incurrido en simulación de causa, ese vicio no sería determinante de la nulidad del acto siempre que existiera una causa real distinta a aquella falsa causa de que se hizo mención (art. 501) (...) Si la obligación contraída sine causa se hubiera cumplido, el deudor que pagó tiene una acción de repetición regida por las disposiciones del pago sin causa (art. 792 y sigs.)<sup>10</sup>”*.

En realidad, de lo que se trata en estas discusiones sobre la causa, es del distinto encuadre que diera Vélez al tema, sin precisar bien la diferencia entre causa de la obligación y causa del contrato. La fuente está en la causa de la obligación, y esta, siendo un contrato tipificado, tiene un desarrollo finalista implícito, tanto desde el subjetivismo de lo psicológico hasta el objetivismo de los fines económicos y sociales. Cuando se pretende exceder estos límites, incluyendo fines distintos al contrato normativizado, es necesaria la prueba, como cuando se quiere demostrar la nulidad o anulabilidad.

Cuando el contrato –causa fuente– no está tipificado, tiene causa fuente, pero es incierta la causa motivo determinante, al menos desde la visión de la norma. Ya no existe una causa presunta, aunque la causa fuente garantiza su existencia. Y en ese caso, para demostrar la legitimidad, es necesario recurrir al contenido del contrato y probar sus fines o, al menos, no debe aparecer evidente la violación a principios elementales

(10) Busso, op. cit. en nota 3, tomo III, p. 155.

que resultan de su objeto en función del art. 953 y concordantes del CC. Pero estos fines, en verdad, son la causa del contrato o su objeto según el caso, y no la causa de la obligación.

Así resulta del análisis que hace Zannoni, desde las posturas de Domat y Pothier en el derecho francés, aludiendo el primero a la distinción de la "*causa de las convenciones atribuyéndole un sentido diverso al concepto de causa de las obligaciones*" y el segundo, en su tratamiento sobre la causa de las obligaciones (contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos, algunas veces la ley y otras la equidad) como fuente, a diferencia del tratamiento que da en los supuestos de defecto de causa en el contrato, que ha de tener una causa honesta o cuando no tiene causa o tiene falsa causa motivando la nulidad. Afirma Zannoni: "*Es importante recalcar que cuando Pothier, lo mismo que Domat, se refieren a la causa honesta, a la causa falsa, a la causa que hiere la justicia, la buena fe, las buenas costumbres, etc., se refieren a la **causa de la convención** y no a la causa de la obligación entendida como fuente de ella*"<sup>11</sup>. Las referidas apreciaciones las vamos a cotejar seguidamente con los distintos contratos admitidos desde su apreciación económica como onerosos o gratuitos (art. 1139) y los no contemplados expresamente, pero no prohibidos, que la doctrina ha nominado como *neutros*.

### III. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD: LOS CONTRATOS ONEROSOS, GRATUITOS Y NEUTROS.

¿Por qué el derecho se ha preocupado por regular ciertos contratos, sin poder por ello abarcar todo, y ha efectuado clasificaciones que en definitiva tendrían un sentido doctrinario más que obligatorio, que no impide su proliferación? Entiendo que se debe fundamentalmente a la importancia social que tienen en la vida de los pueblos y en la necesidad de simplificar lo que resulta común a cada uno de los tipos elegidos, para así dar pautas que permitan evitar conflictos, o al menos, atenuarlos. De un contrato tipificado no solo resultan los requisitos básicos, sino también sus efectos, según el contenido regulado por las partes.

#### A) CONTRATOS ONEROSOS

En la búsqueda de lo general a lo particular, encontramos que el art. 1139 se ocupa de los *onerosos y gratuitos*, siendo "*a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle; son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte*".

---

(11) Op. cit. en nota 3, tomo II cit., pp. 554/555.

Partiendo del primer supuesto, encaramos el contrato *príncipe* –como llama Spota a la permuta–, por su aparición primero en los tiempos, donde las contraprestaciones son de cosas por otras cosas, seguido luego por la compraventa, en la que la cosa se da a cambio del dinero, cuando este aparece en la vida económica de los pueblos y facilita aquellas negociaciones. El último se sobrepone al primero, y la legislación se ocupa de él en forma minuciosa, para extender esa regulación a la permuta y otros contratos onerosos.

Se sabe desde la norma que el contrato puede quedar concluido con la entrega de la cosa mediante el pago del precio, y las obligaciones derivadas de él se extinguen, como extingue el pago la obligación (art. 725 y concordantes), o puede subsistir por haberse sometido su cumplimiento a ciertas cláusulas o condiciones que postergan la entrega de la cosa, el pago del precio o uno y otro en todo o en parte y, para ello, no solo regula su diferimiento mediante el pacto comisorio (art. 1374 y cc), sino que extiende en ciertos casos su continuidad, aun concluido, mediante pactos de subsistencia, como podríamos llamar a la venta con pacto de retroventa (art. 1366), de reventa (art. 1367), de preferencia (art. 1368), etc.

Se dispone normativamente cómo funciona cada cláusula, y hasta en ciertos casos con el rigor formal de no poder acordado más de lo autorizado: la retroventa no puede ser por más de 3 años (art. 1381); los muebles no pueden estar sometidos a pactos de retroventa o reventa o comisorio (arts. 1380, 1374); el pacto de preferencia no se puede ceder ni se transmite a los herederos (art. 1396), etc. Cuando el contrato de compraventa establece la obligación de transmitir, está causando la obligación en los términos regulados. Los efectos serán materia de la regulación, dentro de lo admitido en la autonomía de la voluntad, en unos casos libre y en otros expresados, dando lugar entonces a su cumplimiento definitivo o a su retrocesión.

Es en esta etapa donde aflora la causa, fin o motivo, que en realidad ya anticipamos, es decir el fin del contrato, y que el intérprete deberá conocer para deducir los efectos legales del acto. El pago del precio, como cumplimiento de la obligación pendiente, la extinguirá y perfeccionará definitivamente el contrato y la tradición hecha en su oportunidad (art. 1374 y 1371), salvo que se hubiera sometido a un pacto bajo reserva de dominio, en el que el cumplimiento de la condición suspensiva inmersa en él produce el efecto traslativo de la tenencia dada hasta ese momento, u obliga a su entrega actual (art. 1376 y 1370). Si, en cambio, la condición resolutoria se cumpliera no habiendo pago, nace la obligación de restituir la cosa al transmitente, "*mas el vendedor no volverá a adquirir el dominio de la cosa sino cuando el comprador le haga tradición de ella*" (art. 1371 inciso 2º, párrafo final).

Como la tradición no es abstracta, sino que debe causarse, la primera entrega lo ha sido en virtud del contrato de compraventa, regularmente constituido, operando como

causa fuente (art. 499); en el supuesto de la retransmisión, también tiene su fuente en el contrato, pero no ya en su constitución, sino con motivo de los efectos de la cláusula que lo sometía a la posible resolución. También esta es su causa fuente, pero para conocer su operatividad, debemos recurrir a la finalidad establecida en el mismo contrato a través de su regulación. Por eso dice Busso que *"la transmisión de derechos reales que la tradición produce, sólo se hace inteligible a la luz de una finalidad determinada que resulta aclarada en el contrato respectivo (...) Tratándose de inmuebles, la tradición podrá revocarse cuando no cumple las finalidades a que correspondía"*<sup>12</sup>. La *finalidad determinada* de Busso, es el pacto comisorio con efecto resolutivo establecido en el contrato, pero la causa fuente de la transmisión o de la retransmisión es en ambos casos el contrato mismo, porque así resulta de la propia legislación.

## B) CONTRATOS GRATUITOS

En los contratos gratuitos, la causa fuente de la obligación de transmitir es la que resulta de la atribución patrimonial a favor de una parte, con independencia de toda prestación de la otra y, para la donación como contrato tipificado, *"se requiere que una de las partes del contrato se obligue a efectuar gratuitamente una atribución patrimonial en beneficio de la otra parte, y ello, por espíritu de liberalidad (ánimo donando)"*<sup>13</sup>. Pero, como dice Busso, *"si la causa de la donación fuese la pura intención benéfica considerada en sí misma, ninguna donación podría ser ilícita, esa descalificación no se comunicaría a la causa"*<sup>14</sup>.

Por ello, dice nuestro autor que *"Tratándose de donaciones a una ex concubina, se consideró que la investigación debía referirse a los móviles que fueron determinantes en el momento en que la liberalidad tuvo lugar; y si en esa oportunidad movía al donante un sentimiento íntimo de afecto y gratitud, -y no ya el propósito de continuar el concubinato- el acto debe reputarse válido"*<sup>15</sup>.

Queda clara la diferencia entre la causa de la obligación de transmitir el donante (el contrato de donación como causa fuente) de la causa del contrato que radica en la intimidad de su contenido, y que sólo puede conocerse en ciertos casos, mediante la apertura a prueba que resulte del ataque a su legitimidad.

No vamos a extendernos a los supuestos de revocación de la donación, como contrato naturalmente *irrevocable*, de la sujeción a cláusulas y condiciones o cargos, que permitan su revocación, porque su explicación es similar a la dada en iguales circunstan-

(12) Op. cit. en nota 3, t. III, p. 149.

(13) Spota, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*, Vol. I. Ed. Desalma, Buenos Aires, 1981, p. 151.

(14) Op. cit. en nota 3, tomo III, p. 145.

(15) *Ibid*, op. 127.

cias para la compraventa. La retransmisión o reversión operará en estos supuestos, por la causa del mismo contrato que la contiene en su propia regulación voluntaria, dentro de la estructura autorizada por la legislación pero como producto de una demostración que produce el efecto del contrato desde su sinalagma genético y funcional.

### c) CONTRATOS NEUTROS

Esta categoría no está incluida en nuestro Código pero, como ya lo anticipamos, tampoco está prohibida y, por otra parte, es una realidad que la doctrina ha desarrollado.

*En verdad, la enumeración normativa "de tipos contractuales debe ser comprendida sobre la base de su finalidad o función en la vida social y económica. En efecto, para clasificar los contratos puede partirse, no sólo de los efectos jurídicos propios a cada tipo de contratos, aprehendidos estos por categorías con efectos divergentes, una categoría frente a la otra, sino también considerando la función económica y social de cada figura contractual, agrupando los contratos según las funciones que desempeñan"<sup>16</sup>.*

La posibilidad de superar la clasificación dual, con una división tripartita, seduce a la doctrina, *"poniéndose de relieve la existencia de contratos que no pueden calificarse ni de onerosos ni de gratuitos (contratos neutros), o bien, de contratos que en ocasiones son onerosos y en otros gratuitos (contratos incoloros o indiferentes<sup>17</sup>)"*. Para precisar esta categoría, pensemos en lo que caracteriza al contrato oneroso: en principio es la contraprestación. Lo que da una parte es equilibrado con lo que da la otra, sea dinero, cosas, derechos, servicios, etc.

En los contratos gratuitos, tal contraprestación no existe; si se da algo, como en las donaciones con cargos, no alcanza a equilibrar lo que recibe de la otra parte. Es por ello que el art. 1828 establece que cuando la importancia de los cargos es más o menos igual al valor de los objetos transmitidos, la llamada donación no está sujeta a ninguna de las condiciones de las donaciones gratuitas.

Esta tajante diferencia entre ambas categorías no aparece en algunos supuestos, que el viejo código velezano tenía debidamente regulados, tales como la adjudicación por partición de herencia, o por liquidación de bienes del matrimonio en los supuestos de divorcio o en la división de condominio. Podría decirse en el último supuesto que lo que se adjudica un condómino en la división es compensado por lo que recibe el otro, pero el caso es que no se trata de restablecer el equilibrio perdido ante lo que da uno,

(16) Spota, op. cit. en nota 3, tomo I, p. 116.

(17) *Ibid.*, p. 152.

haciendo el otro una entrega equivalente, porque los condóminos son desde antes dueño de la cosa y, lo que en verdad hacen es partirla, quedando la atribución de una parte en compensación por lo que tenía como indiviso, para tenerlo como propio sobre la nueva cosa producto de la separación objetiva.

En la partición es más notoria la diferencia, por cuanto el adjudicatario recibe la cosa, como si lo fuera del causante, sin pasar por la persona de los demás coherederos (art. 3503). Desde ese aspecto, podría decirse que es una atribución gratuita, pero no lo es contractualmente, porque el contrato sujeto a análisis es la partición y no la transmisión *mortis causa*, que es lo verdaderamente gratuito, pero a favor de todos los herederos y no solamente de cada uno de los adjudicatarios. Lo mismo sucede con la división de los bienes del matrimonio en el caso de separación legal o divorcio vincular, en tanto se trate de atribuciones genuinas, como son las de los bienes gananciales, que con independencia de la titularidad en masas separadas, ven actualizada la copropiedad desde la disolución del matrimonio, y en tal sentido, cumple los mismos efectos que la partición de herencia. Pretender negar la existencia de contratos neutros, y dar el carácter de oneroso o gratuito a estos actos de atribución por partición, es francamente extraño a la categorización que se hiciera en el art. 1139 del CC.

Hay otros contratos, como el fideicomiso, que luego veremos con mayor extensión, en el que la transmisión, a diferencia de las demás transmisiones de dominio en propiedad exclusiva y perpetua, no pueden calificarse de onerosas o gratuitas, porque se transmiten como dominio revocable, pero, además, no en interés del adquirente, sino de los fines del fideicomiso que él representa como fiduciario y nunca en interés propio.

La sola exclusión del interés desplaza la onerosidad o gratuidad, que en modo alguno está en la constitución del fideicomiso, aunque pudiera ser onerosa para el fiduciante cuando recupera la cosa con beneficios de esa administración o del fiduciario que recibe retribución, o de los fideicomisarios o beneficiarios, que reciben cosas o derechos al cabo del fideicomiso, o el remanente de bienes, en forma totalmente gratuita. Pero ello no hace a la naturaleza y calificación del fideicomiso, con motivo de la transmisión en ese carácter.

Otras veces, el carácter neutro puede resultar de una entrega sin contraprestación posible, en cumplimiento de una obligación legal del transmitente, como podía serlo en materia de alimentos de un cónyuge hacia el otro (art. 231 y cc s/ley 23.515). Y si bien no es una obligación contractual, la misma puede resultar de un acuerdo para cubrir alimentos vencidos y adeudados, y hasta por compensación con cosas, ante la imposibilidad de cumplimiento en dinero.

Recordamos la ponencia de Ricardo J. Dutto en las *Segundas Jornadas de Derecho Civil*, celebradas en Mendoza entre el 18 y 20 de abril de 1991: "A fin de garantizar el pago de los alimentos, definitivos o acordados conforme al art. 236 CC, el juez podrá disponer la constitución de garantías reales o personales. Las primeras se efectuarán sobre bienes propios o gananciales de titularidad del cónyuge alimentante. Las garantías pueden ser reemplazadas por el usufructo de bienes propios o gananciales de titularidad del cónyuge alimentante"<sup>18</sup>.

Es evidente que, autorizado ese acto, nada tiene de gratuidad (porque hay una obligación legal que lo dispone) ni de onerosidad (porque nada recibe a cambio). El acto es absolutamente neutro, como puede serlo también –y desde un plano notoriamente extraño al enunciado– la cesión de derechos de un copropietario en el régimen de la ley 13.512, que autoriza la utilización de otro copropietario del espacio aéreo de su unidad o de un pasillo común o de otras partes comunes para incorporar nuevas construcciones. En la mayoría de estos supuestos, la verdadera motivación de estos desprendimientos –que pueden ser onerosos si así lo quieren, pero que no lo son por cuanto no los consideran verdaderamente como propios, y carecen de individualidad, entendiéndose sólo en la relación de condominio que en el régimen cada propietario tiene sobre el terreno y demás cosas comunes– es la relación de buena vecindad<sup>19</sup>. En definitiva, la categoría de *contratos neutros* tiene asidero en nuestro derecho, y en algunos casos, sobre la base de negocios tipificados.

#### **IV. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO NEUTRO ANTES DE LA LEY 24.441**

Para avanzar en el conocimiento del negocio neutro y de sus efectos, nada mejor que la figura de los negocios fiduciarios antes de la sanción de la ley 24.441, porque a partir de ella, la transmisión fiduciaria tiene una causa fuente tipificada. Antes de la ley, poco se podía decir de regulaciones de la transmisión fiduciaria o de los negocios fiduciarios, atento a la escasa legislación vigente, que obligaba a la interpretación de cada supuesto.

La variedad de los negocios fiduciarios, y la complejidad de las situaciones creadas según su objeto, nos conducían directamente al examen de la causa, con la dificultad sembrada por la diversa interpretación que dimos de los artículos 499 como causa fuente y los artículos 500 a 502 como causa fin o motivo determinante.

¿Cómo identificar la causa fuente sin regulación normativa? De hacerse una transmisión de dominio fiduciario de un inmueble, no podía invocarse como en la compraven-

(18) *Jurisprudencia Argentina*, Nº 5719 del 10/4/91, "La protección alimentaria: su protección", p. 17.

(19) Sobre el tema nos pronunciamos en *La Escritura Pública*, tomo IV, Ed. FEN, Avellaneda, 2006, pp. 122 y ss.

ta, la donación o la permuta, un negocio causal regulado, con la apariencia de licitud y efectos previstos.

Podía tratarse de un negocio simulado, fraudulento o indirecto pero, al mismo tiempo, la falta de regulación despertaba la duda en cuanto a la causa de la transmisión. Decía al respecto Guastavino: *"Se ha negado la posibilidad de los negocios fiduciarios aduciendo que entre los negocios llamados en el sistema legal a operar la transferencia de la titularidad de los derechos (venta, permuta, donación, etc.) no existe ninguno que sea idóneo, por su naturaleza, para hacer posible la atribución de un derecho destinado, según determinadas condiciones, a retornar al atribuyente"*.

No obstante, nuestro autor responde seguidamente a esta negación con el siguiente argumento: *"Sin embargo, esta opinión incurre en el error de confundir la imposibilidad de crear nuevos tipos de derechos reales (numerus clausus) que constituye un principio generalmente aceptado, y el problema de la admisibilidad o no de nuevos tipos de negocios jurídicos, -innominados, atípicos- de traslación de derechos reales. No pueden confundirse la fuente o el título, con el efecto. El contrato sería la fuente o título de la adquisición de los derechos reales y estos serían el efecto del contrato. El numerus clausus de derechos reales no obsta al numerus apertus de negocios reales quod effectum, ni puede obstar a la validez de contratos de efectos reales y obligatorios, como serían los negocios fiduciarios de acuerdo con su estructura"*<sup>20</sup>.

La duda doctrinaria, muy bien esclarecida por Guastavino, proviene de confundir la causa fuente con la causa fin, dado que la causa fuente de la transmisión fiduciaria es un negocio, que en esa época era *innominado*, mientras que el fin del negocio estaba inserto en su propia regulación. Lo que ocurría es que la falta de regulación impedía tomar la fuente tipificada en el marco de licitud que tiene cualquier contrato de esa especie, pero ello no implicaba que no tuviera tal causa como cualquier contrato innominado lícito, que transmite el dominio de un inmueble.

La dificultad en la investigación sobre la "causa fiduciaria" radica en confundir la causa del negocio fiduciario con la causa de la transmisión fiduciaria. Así lo resalta Mosset Iturraspe: *"las obligaciones carecen de 'causa fin' y solo tienen 'causa fuente' -regulada la primera por los arts. 500, 501 y 502 del Civil, y la segunda en el art. 499- es impropio hablar de la causa fin de aquella obligación, como también lo es mencionar una causa fin de la obligación de restituir el bien por el fiduciario"*<sup>21</sup>.

El problema doctrinario se agrava si a la falta de tipificación le agregamos la naturaleza del negocio fiduciario que, al decir de nuestro autor, no se trata de un negocio one-

(20) Guastavino, Elías P. "Actos fiduciarios" en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille*, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1968, p. 389.

(21) Mosset Iturraspe, Jorge. *Negocios Fiduciarios*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1974, tomo II, p. 239.

roso ni gratuito: “*la obligación del fiduciante no tiene por causa una contraprestación, ni se asume con intención de donar, ni admite una entrega anterior*”<sup>22</sup>. Como negocio atípico y neutro, nada puede presumirse sobre la licitud de la transmisión, y es necesario desentrañar la verdadera naturaleza a través de la causa fin que, en verdad –como ya dijimos–, es la causa del contrato. “*La dilucidación de la controversia sobre la causa exige el análisis de la estructura del negocio fiduciario, para determinar si ella, se plantea respecto al efecto traslativo real o al efecto creditorio personal*”<sup>23</sup>.

Ante la carencia en nuestro derecho de negocios traslativos abstractos, salvo la excepción de los cambiarios<sup>24</sup> el desconocimiento de la causa fin del contrato inhabilita la fuente, dado que, como contrato innominado carente de regulación, puede encubrir negocios simulados, fraudulentos y de ilicitud desconocida. A la presunción de los negocios tipificados en cuanto a su licitud y efectos, que hace innecesaria la exhibición de la causa (compraventa, donación, etc.) el negocio fiduciario atípico debe contenerla, a riesgo de afectar al acto de una nulidad, justamente por falta de causa.

Aclaremos mejor este concepto. Se presume la causa en cada contrato tipificado, (art. 500), pero si el contrato que es la fuente de la obligación de transmitir el dominio fiduciario, no tiene determinado el fin del contrato, convierte a la causa fuente en abstracta, y como tal, determina la ineficacia de la transmisión. El riesgo era manifiesto ante la velada violación del derecho de fondo, como ocurría con negocios fiduciarios usurarios o pignoraticios. Si transmitía el dominio para encubrir un préstamo de dinero, y la recuperación representaba un costo mucho mayor de la tasa de intereses que autoriza la jurisprudencia, o lo entregaba en garantía, para después quedarme con la cosa, sin procedimiento alguno de ejecución, por mi sola voluntad, estaba involucrando en la transmisión fiduciaria un negocio ilícito. Pero eso no lo podía saber por la sola transmisión en fideicomiso como causa fuente de la misma, sino por la exploración interior del negocio, porque no había regulación que legitimara la causa fuente como traslativa en sí, con presunción de licitud.

## V. LA REGULACIÓN DEL FIDEICOMISO

Con la sanción de la ley 24.441, se crea una transmisión fiduciaria tipificada y, por tanto, desaparecen los problemas antes enunciados. Ya no se trata de una ilicitud incierta que puede estar encubierta en el negocio, sino de una licitud admitida por la propia ley en el contexto de su regulación normativa.

(22) *Ibid.*, op. 240.

(23) Guastavino, op. cit. *ut supra*, p. 367.

(24) Mosset Iturraspe, op. cit. en nota 21, p. 243.

Por ello, dice Claudio Marcelo Kiper, que *"Se trata de un negocio jurídico tipificado legalmente, no es atípico, ya que el art. 2662 establece los recaudos que debe reunir. Esta pauta es de suma importancia porque restringe la situación de peligro a que se hallan expuestos los negocios fiduciarios, pues esta situación es propia de los actos no tipificados legalmente. En los casos de fiducia legal casi no existe la posibilidad de abuso, y de existir, el ordenamiento brinda el remedio necesario, de manera que se llega a la correspondencia exacta de los poderes de los fiduciarios con el fin del negocio, por medio de la coacción jurídica, y no sólo por el espontáneo cumplimiento del fiduciario"*<sup>25</sup>.

La transmisión fiduciaria ya tiene entonces un contrato que es la causa fuente de esa obligación y, por tanto, la presunción de su licitud y del fin del contrato obliga, como en cualquier otro contrato tipificado, a destruir esa presunción para poder atacarlo y demostrar que tiene otro fin, o que carece de causa, o que la misma es falsa.

Desde su carácter de *contrato neutro* no modifica la apreciación anterior, por la fuerza de esa tipificación, aunque tiene efectos distintos a los *onerosos* o *gratuitos* como lo sostuviera Carregal, citado por Lisoprawski: *"Para no recurrir a la teoría de la autonomía del patrimonio, el autor justifica la exclusión de los bienes fiduciarios del alcance de la acción individual o colectiva de los acreedores del fiduciario, en virtud del efecto económicamente neutro que produce el ingreso de los bienes fideicomitidos en el patrimonio del fiduciario junto a los bienes de pertenencia de éste último. El fiduciario recibe la propiedad a título de confianza, y no a título oneroso o gratuito. Esta es la característica que produciría el efecto neutro referido; es decir, la intrascendencia económica de los bienes fideicomitidos con relación a la propiedad no fiduciaria del sujeto que cumple la función de fiduciario. Esta particularidad de la transferencia de la propiedad no se debe confundir con el carácter oneroso o gratuito del contrato de fideicomiso, ya que este será oneroso si el fiduciario recibe una retribución, por la ejecución de los encargos encomendados, o gratuito si no es acreedor a contraprestación alguna"*<sup>26</sup>.

Queda claro entonces que la causa de la transmisión es neutra por las características particulares del adquirente, que no lo hace en su propio interés, como sucede en las demás transmisiones de dominio, sino en el del objeto del fideicomiso, y que este, como negocio con causa fin expresada en el contrato, puede ser oneroso o gratuito, como puede serlo incluso la fianza, a pesar de su calidad de negocio neutro o incoloro, al decir de Spota, según las circunstancias, aunque en el mismo no está involucrada la transmisión dominial<sup>27</sup>.

(25) Lisoprawski, Silvio V. y Kiper, Claudio M. *Fideicomiso, Dominio Fiduciario, Securitización*, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1995, p. 213.

(26) Op. cit. en nota 25, pp. 138/139.

(27) Spota, op. cit. en nota 13, vol. I, p. 153.

## **VI. EL USUFRUCTO AL CÓNYUGE EN OCASIÓN DE LA TRANSMISIÓN DE A NUDA PROPIEDAD A LOS HIJOS**

No tratamos de justificar un acto que está expresamente prohibido entre cónyuges, atento a disposiciones expresas del Código Civil (arts. 2831 y 2837). Pero tampoco queremos dar a la expresión prohibitiva un alcance que no tiene. Estamos analizando un supuesto particular que ni se encuentra tipificado como contrato causal en nuestro código, ni tiene tampoco la calificación de oneroso o gratuito del art. 1139 a que antes aludimos. Es la consecuencia de una necesidad social y familiar, que en definitiva debe tener la debida acogida en el derecho, cuando no contradice normas específicas ni ataca los principios generales del instituto.

Sabemos que el usufructo es un derecho real, y que constituirlo puede serlo siempre por una relación causal, quedando fuera de análisis la reserva que hace el titular, porque en este supuesto solo a él corresponde, y no hay transmisión alguna, dado que la misma se limita a la nuda propiedad. Pero, al transmitir la nuda propiedad el titular a los hijos y reservarse el usufructo, priva de toda expectativa a su cónyuge sobre ese derecho, que, de no haberlo desmembrado, ingresaría por mitades en el patrimonio de cada cónyuge al disolverse la sociedad conyugal. La reserva por el titular de nada le sirve al cónyuge no titular, por cuanto el usufructo se extingue por la muerte y no es transmisible (art. 2920).

Se dice con razón que el no titular puede impedir el acto, negando su asentimiento. También se dice que puede recurrir al doble negocio, y que el titular puede transmitir la propiedad plena y los hijos constituirle el usufructo a ambos cónyuges, pero ello no puede serlo si alguno de los hijos estuviere inhibido o si fueran menores o incapaces tampoco.

La realidad es que, en la armonía del matrimonio, nadie puede suponer que el no titular (en igual grado de parentesco en línea recta que el titular con los beneficiarios y seguramente de afecto) no puede sustraerse a dar el asentimiento en beneficio de sus hijos. No obstante, lo que consigue con ello es perder definitivamente su derecho sobre el bien, que su cónyuge no ha querido perder porque se ha reservado el usufructo, pero que nunca podrá beneficiar al no titular. Y así como se ha dicho que la constitución entre cónyuges está prohibida, puede decir el intérprete que es nula una renuncia tácita a su derecho sobre el bien, en un régimen forzoso, del que las partes no pueden despojarse libremente porque toda la estructura normativa propende a proteger a los cónyuges y preservar sus bienes, especialmente desde la misma obligación alimentaria que recíprocamente se deben (art. 198, ley 23.515).

La sutileza de donar a los hijos en forma anticipada produce el *despojo* anticipado del derecho del cónyuge sobre ese bien, mientras que el titular lo conserva con el usufruc-

to, y la acción de fraude del art. 1298 no podría interponerse por su engañoso asentimiento.

Veamos entonces cuáles son los valores afectados por esa constitución del usufructo al cónyuge no titular, en ocasión de la donación a los hijos:

**a)** ¿Se trata de una transmisión de usufructo por causa de una venta o cesión onerosa, o es un contrato innominado que sustenta esa transmisión a cambio de un valor equivalente?

Es evidente que si alguien tuviera que compensar, por tratarse de transmisión onerosa, sería la receptora del usufructo, es decir la no titular. Pero eso sería un despropósito porque, en definitiva, la falta de constitución la está despojando de un derecho que le corresponderá al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, sin retribución o recompensa alguna. Como decía el art. 1299 *“Decretada la separación de bienes, queda extinguida la sociedad conyugal. La mujer y el marido recibirán los suyos propios, y los que por gananciales les corresponda, liquidada la sociedad conyugal”*.

Hete aquí que el no titular, en el supuesto planteado, no recibirá nada, mientras que el titular seguirá gozando orondo de su usufructo, que ya no debería ser solo de él.

Por otra parte, ninguna escritura que pretende documentar este acto “supuestamente prohibido” en modo alguno tiene expresa retribución monetaria o con otros bienes y, por tanto, es absolutamente ajeno a una calificación de onerosidad.

**b)** Más parece –ante la falta de onerosidad– que estamos ante un desprendimiento patrimonial, a título gratuito, tan prohibido como el oneroso. Sin embargo, toda vez que un cónyuge disponga de bienes propios, o de los gananciales de su administración, a favor de los bienes del otro, o de la comunidad, deben ser recompensados al momento de la disolución del matrimonio. Y en la reserva del usufructo de un bien que era ganancial, pero en la masa de uno sólo, si este se reserva el usufructo y lo priva al otro definitivamente de este derecho, le estaría debiendo la recompensa por esa merma patrimonial, porque se estaría produciendo en su favor, un enriquecimiento sin causa.

Pothier, citado por Zannoni, expresaba que *“Toda vez que uno u otro cónyuge se haya enriquecido a expensas de la comunidad, debe o es deudor de la recompensa –recompense– a ella”*. Y agrega seguidamente Zannoni: *“Como se ve, la teoría de las compensaciones –ya en Pothier– abarca tanto el caso en que la comunidad tenga que*

*devolver (compensar) a uno de los cónyuges los valores con que, a falta de reinversión, ingresaron a ella como comunes, o sea como gananciales, como también aquel en que la comunidad se haya visto privada de valores que aprovecharon exclusivamente a uno u otro cónyuge, incorporándose a su propio patrimonio, o en su caso, acreciendo o mejorando bienes propios*<sup>28</sup>.

No pretendemos ahondar más en esta cuestión, tan compleja en materia de liquidación de los bienes del matrimonio, pero de tanta razonabilidad como fundamentación jurídica, desde su origen francés. Pero dejamos plasmado en el ejemplo la realidad en el caso tratado, dado que de ninguna manera puede pensarse que ha habido un desplazamiento patrimonial de un cónyuge al otro al constituir el usufructo cuando, de no hacerlo, estaría enriqueciendo sin causa alguna su masa, y privando de todo derecho al otro que ve extinguida toda expectativa futura.

No hay, en consecuencia, transmisión por causa gratuita y, por tanto, queda fuera de consideración el otro supuesto de prohibiciones a que se refieren los arts. 2831 (*"No siendo fungible la cosa fructuaria, no tiene capacidad para constituir usufructo por contrato oneroso, quien no la tenga para vender, o por contrato gratuito, quien no la tenga para donar"*), ni tampoco el art. 2837 (*"No puede transmitir el usufructo por contrato oneroso o gratuito, quien no puede constituirlo por cada uno de estos título"*).

Es relevante señalar entonces que, cuando se constituye el usufructo entre cónyuges por contrato neutro, por más que no esté tipificado, es causa fuente de la transmisión de ese derecho, sin perjuicio de que en el fin del contrato quede bien determinada la voluntad de respetar el derecho que entre los cónyuges existen en el régimen de bienes del matrimonio, conforme al estatuto forzoso. No deberá existir una declaración que contenga intención de onerosidad o gratuidad del acto porque, si así fuera, estaría afectado por la prohibición.

No obstante, en nuestro largo reclamo sobre la validez de este acto, hemos invocado siempre la causa fin del contrato: *"SEGUNDO: La señora B... presta su asentimiento a esta donación, condicionado a la reserva de usufructo del titular y simultánea constitución a su propio nombre, a fin de preservar la integridad patrimonial y alimentaria que para los comparecientes representa el bien, por su carácter ganancial, cuyo derecho se actualiza al momento de la disolución del matrimonio. TERCERO: En virtud de lo expresado el cónyuge A... se reserva para sí el usufructo del bien sobre el cincuenta por ciento y constituye el mismo derecho sobre el cincuenta por ciento restante a favor de su cónyuge B... que acepta, haciendo el titular entrega de la posesión*

(28) Zannoni, Eduardo. *Derecho de Familia*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 717.

*a los donatarios, a título de nudo propietarios y a su cónyuge, de usufructuaria, coposeedora en tal carácter con el transmitente*<sup>29</sup>.

La causa fuente del usufructo es la constitución mediante un contrato innominado, de naturaleza neutra, y la causa fin, la preservación de la integridad patrimonial y alimentaria por su derecho en los gananciales.

## VII. EL DISTRACTO

Dejamos para el final el tema del *distracto* porque representa una sustancial diferencia con los casos hasta ahora tratados. Por más que la doctrina diga que al *distracto* se aplican las mismas reglas que al contrato y por más que uno y otro puedan ser causa, en el sentido de fuente, de la obligación de transmitir el dominio, hay una evidente diferencia en cuanto a los efectos. No es lo mismo "crear, modificar, transferir o conservar derechos" que "extinguirlos".

En los primeros supuestos nace una relación jurídica en virtud de la autonomía de la voluntad que se convierte en ley entre las partes (art. 1197), mientras en la extinción, es producto de una voluntad ya existente, de consecuencias variables y efectos diversos, porque puede retrotraer el dominio por *efecto* de las condiciones o cargos impuestos al acto, o de la nulidad, o en definitiva de un acuerdo rescisorio bilateral o resolutorio.

Para ello vamos a ocuparnos del artículo 1200 que, es el que a criterio de la doctrina especializada, lo regula. Según su texto: "*Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubieran transferido; y pueden también, por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza*".

¿Quiere esto decir que si lo aplico a una compraventa celebrada hace 20 años, estando las mismas partes pueden acordar extinguir las obligaciones creadas y retirar los derechos reales transferidos, volviendo todo a la titularidad del vendedor? ¿Cuáles son las obligaciones creadas por la compraventa?

A tenor del instituto tratado, y conforme con la definición del art. 1323, transferir la propiedad de la cosa objeto del contrato, y pagar el precio convenido por ella. Pero estas obligaciones ya están cumplidas, toda vez que se firmó la escritura traslativa de dominio y se dio recibo por el precio.

---

(29) *Cuaderno de Apuntes Notariales* N° 5, publicación del Colegio de Escribanos de la Prov. de Bs. As. La Plata, Setiembre 1997, p. 27.

¿Cómo voy a extinguir una obligación que se extinguió ya por su cumplimiento? Dice el art. 725 que *"El pago es el cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar"*.

Debemos indagar entonces si hay otras obligaciones creadas por el contrato de compraventa que se encuentran pendientes de cumplimiento. Pero en este caso salimos de la compraventa común, ya ejecutada, y pasamos al ámbito de las compraventas sujetas a las cláusulas especiales que pueden ser agregadas al contrato, regulada por el Capítulo IV del título III, Sección tercera del Libro segundo del Código Civil, arts. 1363 a 1407, donde proliferan las más variadas condiciones suspensivas o resolutorias, que condicionan la vigencia plena del contrato (Pacto comisorio, pacto bajo reserva de dominio, venta con pacto de retroventa, etc.).

Aquí sí hay obligaciones pendientes, pero porque así se ha pactado en el contrato respectivo. Si procede la resolución es porque ella ha sido prevista. De lo contrario, estamos frente a la transmisión que al cumplirse ha operado el efecto definitivo, que caracteriza al dominio perfecto, tal como resulta del art. 2507, que a su vez lo diferencia del menos pleno o imperfecto, *"cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición"*.

En materia de donaciones ocurre algo similar, por cuanto, luego de regular las donaciones revocables (arts. 1792/93 y cc) –aquellas que aún no han sido aceptadas– se refiere concretamente a la donación como una relación causal que produce la transmisión firme e irrevocable de la propiedad en cabeza del donatario. Incluso, las cláusulas de revocación expresadas en el contrato, deben ser posibles y lícitas, y no deben dejar el poder de revocarla al arbitrio del donante. Así resulta del art. 1802: *"El donante puede imponer a la donación las condiciones que juzgue convenientes, con tal que sean posibles y lícitas. No podrá, sin embargo, bajo pena de nulidad de la donación subordinarla a una condición suspensiva o resolutoria, que le deje directa o indirectamente el poder de revocarla, de neutralizar o de restringir sus efectos"*.

Concordante con esta definición normativa, el art. 3516 referido a la donación-partición de ascendiente, expresa que la misma se hace *"por entrega absoluta de los bienes que se dividen, transmitiéndose irrevocablemente la propiedad de ellos"*. A su vez el art. 3517 reitera la imposibilidad de sujetarla a condiciones que la hagan depender de la sola voluntad del disponente, y su revocación se rige por la de los actos a título gratuito (art. 3521), razón por la cual, nos debemos remitir a los artículos en que se regula la excepcionalidad de la revocación de las donaciones o de la reversión.

Refiriéndose a este último instituto, tratado en los arts. 1841 a 1847, dice Salvat: *"La cláusula de reversión, constituye una verdadera condición resolutoria: la reversión se produce si el donante sobrevive al donatario o al donatario y sus herederos (...) es un*

*hecho de carácter enteramente eventual, que no depende en lo más mínimo de la voluntad del donante, siendo por esta razón que, en estricto rigor, la reversión de las donaciones no puede considerarse contraria a la regla del desprendimiento irrevocable de la propiedad*<sup>30</sup>.

Esta cláusula solo opera si está pactada expresamente o, como lo dice el art. 1843 párrafo final, "cuando expresamente ha sido reservado por el donante". Ratificando el concepto de irrevocabilidad de las donaciones, el art. 1800 prohíbe la donación de bienes futuros, y en el art. 1848 se establece que "La donación aceptada sólo puede revocarse en los casos de los artículos siguientes". Y allí se establecen las cláusulas o condiciones legales según las cuáles podrá revocarse una donación, como es el incumplimiento de cargos o condiciones (1849 a 1857), la ingratitud del donatario (1858 a 1867) o la supernacencia de hijos del donante si así se hubiese pactado (art. 1868). En tales casos, el incumplimiento de los cargos o condiciones o las causales de ingratitud deben ser acreditadas judicialmente y por tal vía procede la revocación del dominio, tal como lo establece el art. 2667.

Asimismo, el carácter de irrevocable de la donación ha sido una constante en el código velezano, al punto que al tratar la acción de colación, en la nota al art. 3477 lo reitera como para no dejar duda alguna: "La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y este ha podido disponer de ellas como dueño. Ese dominio no se revoca por la muerte del donante". La única excepción es la regulada expresamente. Quiere ello decir que cuando la donación no está sujeta a cargas o condiciones o no se ha hecho reserva de la reversión, la trasmisión irrevocable ha producido la extinción de las obligaciones creadas por el contrato causal. Como en la compraventa perfeccionada por el pago del precio y la tradición, no quedan obligaciones pendientes, por cuanto ellas se han cumplido por la extinción que produce el pago.

Así ha operado en la donación, y es entonces cuando nos preguntamos, ¿cuáles son las obligaciones que por mutuo consentimiento pueden extinguir donante y donatario en una donación irrevocable, y retirar los derechos conforme a lo establecido en el art. 1200? El primer problema que presente el artículo es su lenguaje, dado que como señala Zannoni está referido a los contratos bilaterales, y la revocación es propia de los unilaterales: "La disposición legal alude a los contratos, aunque en verdad es aplicable a los negocios o actos jurídicos en general en tanto sean bilaterales, esto es actos jurídicos para cuya formación se requiere el consentimiento de dos o más personas (art. 946 Cód. Civil). Ello es así, en tanto el distracto es un acto también bilateral extintivo que requiere el mutuo consentimiento de quienes, en su momento, lo otorgaron. Pero, como decíamos, el art. 1200 alude impropiaemente a la revocación por mutuo

---

(30) Salvat, Raymundo L. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuente de las Obligaciones*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1961, t. III, p. 79.

*consentimiento, lo cual es un error: la revocación, como lo veremos enseguida, es siempre un acto **unilateral**, en tanto que el distracto, por definición, es un acto extintivo bilateral*"<sup>31</sup>.

Tras esta primera aclaración, corresponde analizar el negocio causal de la transmisión y sus alcances, para saber si el mismo dejó obligaciones sin extinguir. Para ello recurrimos al mismo Zannoni, en la obra citada, cuando diferencia los *presupuestos constitutivos del acto* (sujeto, objeto y causa) de su *estructura* (contenido y forma)<sup>32</sup>. De ello se derivan los efectos del contrato, bajo una perspectiva *estática* (se sitúa ante el negocio como fuente de la relación jurídica) o *dinámica* (se sitúa ante la relación constituida por el negocio)<sup>33</sup>.

Como consecuencia de ello expresa Zannoni: "*El sólo planteo de estas dos perspectivas implica aceptar que hay ciertos supuestos en que la ineficacia es inherente al acto jurídico, en razón de defectos o vicios constitutivos, en tanto que hay otros supuestos en que la ineficacia sobreviene en razón de que las estipulaciones del negocio, intrínsecamente idóneas, dejan de constituir para los sujetos una regulación de intereses dotada de sentido*"<sup>34</sup>.

Para poder llegar entonces al distracto, es necesario acreditar su justificación causal, dado que puede originarse en defectos que determinen la invalidez del acto, como aquellos que afectan al *sinalagma genético*, sea con relación a los sujetos, al objeto o a la causa (error, dolo, violencia, lesión, simulación o fraude, o frustración en el fin), o al *sinalagma funcional*, tal como las condiciones suspensivas o resolutorias u otras condiciones previstas en el contrato que permitirían la rescisión o resolución del contrato.

Aun cuando se tratare de un efecto extraño al acto mismo, como sería el de la frustración en el fin, está ligado con la causa de la obligación, y por ello la extinción depende de una situación vinculada con el acto originario. Si bien la frustración en el fin no afecta directamente la causa, porque esta fue cumplida tal como se formulara, el fundamento de su procedencia como causal de extinción será la base del negocio.

En tal caso, para que tenga virtualidad la frustración, es necesario, como ha sostenido Alterini, que se trate "*de un contrato con obligaciones correlativas, en el cual existe un sinalagma funcional (...) que debe ser mantenido. En tal situación, la frustración del fin desequilibra la relación jurídica, la cual, por tanto, no puede ser mantenida con virtualidades obligatorias (...). El contrato debe ser de ejecución diferida, o de ejecución*

(31) Zannoni, Eduardo. *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, p.128.

(32) *Ibid.*, pp. 23 y ss.

(33) *Ibid.*, p. 124.

(34) *Ibid.*, p. 125.

*permanente o de duración (...) la frustración no es concebible en los contratos de ejecución inmediata (...) Debe frustrarse el fin del contrato, concebido como la finalidad última de ambas partes en la concertación; no tiene virtualidad la frustración del mero motivo individual (...) Tal frustración no debe ocurrir por hecho de una de las partes. Si la frustración la produce el acreedor, no puede prevalerse de ella para desligarse del contrato, y si ocurre en virtud de la mora del deudor, según hemos visto, este es responsable de su incumplimiento y no puede pretender que el contrato se tenga por extinguido”<sup>35</sup>.*

Siendo el distracto un "*mutuo disenso para formular una declaración de voluntad común tendiente a extinguir obligaciones patrimoniales*"<sup>36</sup>, es por demás necesario que las obligaciones que se extingan, existan como tales. La vinculación de ese disenso, sea con el sinalagma genético o perspectiva estática del negocio, o con el sinalagma funcional o perspectiva dinámica, es fundamental para la validez de esta especial causa extintiva.

No tendría verdadera causalidad el distracto que estuviera desconectado de esos aspectos del negocio jurídico que se quiere deshacer y por ello, enfocado en el aspecto funcional o dinámico, que es el más propicio a los acuerdos condicionados, donde la relación subsiste, un distracto sobre un contrato concluido, o de ejecución instantáneo, carece de todo efecto.

Existiría verdadero distracto cuando, incumplido un cargo o una condición al que se sometió la donación, las partes acuerdan dejarla sin efecto. El acuerdo sería para desanudar lo hecho, pero ello no sucede por simple declaración, sino por efecto de la relación establecida, causando la retransmisión y ejecutándola por la forma que el Código exige para transmitir los derechos reales cuando de inmuebles se trata. Aquí, el distracto tendría su fuente en la relación funcional del contrato, que dejó pendiente lo sujeto a la condición. Si no hay cumplimiento espontáneo, se requerirá la sentencia judicial, pero si hay acuerdo, allí es donde funciona el distracto.

Otro caso sería aquel que, reconociendo ciertos vicios que afectan al sinalagma genético sin pedir la anulación en vía judicial, es reconocido por las partes interesadas y, fundado en ellos, acuerdan hacer el distracto de la donación, retransmitiendo el dominio como en el caso anterior.

(35) Alterini, Atilio Aníbal. *Código Civil Anotado*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, tomo III- A, pp. 170/171.

(36) Spota, Alberto Gaspar. *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, tomo III, p. 519.

Podría darse el caso de una donación efectuada por la razón de carecer el donante de herederos legitimarios y, en tal virtud, ser aceptada por el donatario que luego toma conocimiento de la existencia de esos legitimarios, y que él sirvió de puente para eliminar la legítima de los nombrados, y entonces rechaza lo antes aceptado. El acuerdo para rescindir, volviendo al donante, permitiría justificar la validez de este distracto, fundado en el vicio que afectaba la validez de la primera transmisión, porque hubo engaño en la aceptación del donatario, y se subsana retransmitiendo como en los casos precedentes.

Con ello queremos rescatar la validez de ciertos distractos, que tienen una causa lícita, fundados en la relación que se deja sin efecto y no cuando la misma se encuentra totalmente extinguida.

Tal es el importante aporte de Gastón Di Castelnuovo cuando expresa que *"de ningún modo puede calificarse de distracto a este nuevo contrato que tiene por fin bonificar (supuesta o ciertamente) títulos emanados de donación (...) no es posible hablar de mutuo disenso, como negocio extintivo de la eficacia, cuando sobreviene con posterioridad a un contrato ya agotado por su cumplimiento"*.<sup>37</sup>

Aceptamos estas conclusiones en tanto se pretenda usar el distracto como tabla de salvación de una escritura de donación por el sólo hecho de afectar la legítima de los herederos, sin que estuviera relacionado con el negocio causal, tanto en su aspecto estático como dinámico.

Parece hasta absurdo pretender decir que hay distracto como extinción de obligaciones que no existen, y sería como pretender hablar de transmisión *mortis causa*, sin muerte.

## VII-I. EL INFLUJO DE LA CAUSA

De todo lo sostenido a lo largo de este estudio, resultan aplicables las conclusiones generales a las que arribáramos en el tratamiento de la causa. Distinto es la causa fuente en la obligación de transmitir, de la causa del contrato, al que podríamos incorporar ahora la causa del distracto. Por la diversidad de contenido del distracto como extinción de los contratos, sea por rescisión contenida en el art. 1200, así como la revocación y la resolución, se advierte la distinción de efectos.

En el caso del distracto, *"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*

(37) Revista Notarial N° 919, p. 552.

*sucesivo, quedan firmes. En los demás casos, las partes quedan obligadas a restituirse mutuamente lo que hayan recibido en virtud del acto extinguido. En los contratos que tienen por objeto derechos reales, no basta el mero distracto para que se desplace nuevamente a nombre del nuevo titular el derecho real; es necesario cumplir con la tradición y la inscripción”<sup>38</sup>.*

Esta diversidad de casos comprendidos en el supuesto y de efectos impide considerarlo –amén de ser lo contrario del contrato– un supuesto tipificado.

No existe, ni por su naturaleza ni por sus efectos, lo que no significa considerarlo como causa fuente de la transmisión cuando el mismo es lícito. La licitud no está regulada, justamente por esa variedad de contenidos y falta de precisión conceptual y, para conocerla, es necesario recurrir al fin, que en verdad no lo tomamos como causa fin distinta de la fuente, sino como causa del contrato o en este caso del distracto.

Al estar vacía la causa fuente por falta de tipificación, no es posible celebrar un distracto sin causa porque carece de aplicación la extensión de la presunción de causa del art. 500, y será necesario conocerla a través de la regulación del acuerdo. Solo puede presumirse lo que tiene tipificación, conforme a lo ya desarrollado precedentemente y, por eso, advertimos de los riesgos de utilizar una fuente de transmisión (o retransmisión del dominio) que sin causa sería absolutamente abstracta, en contra de la necesidad fundada por nuestra legislación, de causar la misma.

## **VII-II. LOS RIESGOS DE UN DISTRACTO INCAUSADO**

Supongamos que el titular de dominio de un inmueble adquirido hace varios años se encuentra con su transmitente que ya ha percibido el precio y entregado la posesión, sin que quedaran pendientes obligaciones de ninguna naturaleza. El ex transmitente expresa su voluntad de recuperar la cosa y conviene el valor de la misma actualizado conforme a pautas financieras razonables.

Supongamos también que el ex transmitente era soltero al momento de la venta y ahora es casado. Si el distracto se produce como consecuencia de una retransmisión originada en el sinalagma genético (nulidad o anulabilidad) o funcional (condiciones), el bien recuperado conserva el mismo carácter que tenía al momento de la celebración del contrato, como resulta expresamente para el matrimonio, del art. 1269: (continuando lo dispuesto en el art. 1267 que decía que “*La cosa adquirida durante la sociedad (conyugal) no pertenece a ella aunque se haya adquirido por título oneroso*” y

---

(38) Lavalle Cobo, Jorge E. (Dirección de Augusto C. Belluscio). *Código Civil y leyes complementarias*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, tomo 5, p. 948.

agrega el art. 1269: “Ni los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación”.

Sin entrar en el absurdo planteado de pretender distraer una compraventa que ya estaba totalmente cumplida y concluida contractualmente, la admisión de un distracto sin causa nos lleva a la posibilidad de afectar el orden público en materia de *bienes del matrimonio* adulterando groseramente su naturaleza. El bien adquirido por lo que debía ser una venta, naturalmente ganancial, porque es adquirido durante el matrimonio con dinero ganancial, torna propio, porque se adquiere por retransmisión, lícita ante condiciones pendientes o causales de retrocesión por nulidad, pero absolutamente ilícito en el caso planteado.

Se utilizaría así, una fuente de transmisión, válida en lo conceptual por tratarse de una situación regulada en el Código para retransmitir, pero que no tiene previsto los presupuestos del acto y, por tanto, atípica, pero violatoria por sus fines, en cuanto se conoce el contenido del acto. Se utilizaría así un acto abstracto, sin causa, para retransmitir y burlar la ley.

### **VII-III. EL DISTRACTO CAUSADO EN LA DONACIÓN**

No vamos a ahondar en la problemática de las donaciones y en la necesidad de sanear títulos, pero, convencidos de tener que resolver un caso particular, debemos fundar los motivos o causa determinante, o fin que sustentan la legitimidad de esa modalidad de transmisión del dominio como causa fuente válida.

En tales circunstancias, tomamos desde la generalidad uno de los tantos supuestos, y lo desarrollamos así:

**ESCRITURA NÚMERO ... DISTRACTO de DONACIÓN entre A y B.-** En la Ciudad de ... , Provincia de ... República Argentina, a siete de junio de dos mil siete, ante mí, ... notario ... del Registro número ... de ..., comparecen los señores A ... y B ... (Suponemos a ambos solteros). De la audiencia notarial resulta la aptitud de entender y querer de las partes, conforme a la naturaleza del acto. Los individualizo por afirmación del conocimiento que de ellos tengo, conforme al artículo 1002 inciso a) del Código Civil. Requieren dé forma notarial a sus declaraciones que interpreto y redacto en los capítulos siguientes: CAPÍTULO I- EXORDIO: a) por escritura de fecha ... pasada ante mí el ... al folio ... del protocolo correspondiente a este Registro, el señor A ... dio en donación gratuita y sin cargos a su sobrino B ... una finca ... (relación del inmueble) b) La donación se hizo en la convicción de las partes de la perfección del título emanado de

la misma, por carecer el donante de herederos legitimarios que pudieran estar afectados por el desprendimiento patrimonial. c) En razón de ello, el donatario se dispuso a encarar un proceso constructivo inmobiliario en el inmueble para la comercialización de las unidades funcionales, siendo advertido de los riesgos que ello significaba, para el supuesto de que el donante tuviera herederos legitimarios. d) Para superar esos riesgos, el donatario solicitó al donante le acredite la inexistencia de herederos, por algún medio fehaciente, pero por diversas razones, la misma fue infructuosa, perdurando la incertidumbre. e) Ante la frustración en el fin de la donación, otorgada por ambas partes en la convicción de dar un título perfecto, y frente a la hipotética revocabilidad del acto, en frustración del mismo fin de la ley, que la declara irrevocable en tanto no estuviera sujeta a reversión o revocación alguna, resuelven de común acuerdo otorgar este acto.

**CAPÍTULO II- RETRANSMISIÓN POR DISTRACTO DE DONACIÓN: PRIMERO:** B, en su carácter de titular de dominio del inmueble relacionado en el capítulo anterior, retransmite a A la plena propiedad, posesión y dominio del mismo, libre de toda carga, condición o gravamen, por las razones expuestas, y este recibe de conformidad, declarando que no tiene nada que reclamar contra su transmitente, así como este, tampoco contra el adquirente. **SEGUNDO:** La retransmisión se hace conforme a lo dispuesto por el artículo 1200 y concordantes del Código Civil, y por el motivo determinante del acto, invocado en el capítulo precedente.

**CAPÍTULO III- CONSTANCIAS NOTARIALES: Acredito:** a) **TÍTULO:** con el testimonio de la escritura de donación de A a favor de B celebrada en la forma ya relacionada, e inscrita en el Registro de la Propiedad el ... en la Matrícula ... de ... b) **CERTIFICACIONES:** 1) Con los certificados informados por el Registro de la Propiedad el ... números ... y ... que el transmitente no está inhibido para disponer de sus bienes y el dominio consta en la forma relacionada, libre de gravámenes, restricciones o interdicciones. 2) Con el certificado informado por la Dirección de Catastro ... número ... que al inmueble corresponde la partida inmobiliaria número ... y tiene una valuación fiscal de \$ ... 3) Con los demás certificados, que no se adeudan impuestos ... (Demás constancias propias de cualquier transmisión dominial.) **AGREGO** a la presente los certificados registrales y de valuación y partida. **LEO** a los comparecientes esta escritura, que otorgan y firman por ante mí, doy fe.

### **VIII. CONCLUSIÓN**

El principal problema que advertimos es desde la calificación misma de la causa, que a tenor del art. 499 ha sido interpretada por la doctrina, como *causa-fuente* y ella en

sentido amplio se encuentra según Planiol –citado por Busso– en el **contrato y en la ley**. Respecto del primero, que es el que nos interesa, *“En el contrato es la voluntad de las partes la que forma la obligación y constituye su fuerza generadora determinando a la vez el objeto, la extensión y todas las otras modalidades del vínculo. El legislador solo interviene para sancionar la obra de las partes confiriendo una acción al acreedor, o para vigilarla poniendo justos límites a su libertad”*<sup>39</sup>.

En tanto el contrato como fuente de las obligaciones es de los tipificados, la autonomía de la voluntad tiene un marco regulatorio orientador, que permite llenar las imprecisiones o lagunas del contrato con la regulación misma. En tal caso, el contrato de donación, como fuente de las obligaciones de donante y donatario, tiene su base contractual en la irrevocabilidad y su excepción en los casos en que la revocabilidad es admisible. Fuera de ello, y ante el contrato cumplido, no hay más posibilidades para retrotraer el contrato a su origen, que las imperfecciones en su sinalagma genético o funcional.

Dentro de estos parámetros del contrato, podemos comprender la presunción normativa del art. 500 en cuanto señala que *“Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe mientras el deudor no pruebe lo contrario”*. Es razonable pensar, si la fuente es un contrato regulado, que él es su causa fuente y, por tanto, comprensiva de la licitud y de la completividad de la misma, porque el contrato en sí constituye como decía Planiol citado por Busso, su fuerza generadora.

La inexistencia de causa sería destructiva de esa fuerza, y la presunción de quien se acoge al régimen de la ley, es para cumplir en plenitud sus efectos y sus presupuestos.

Pero cuando se pretende destruir o desanudar aquello que se había construido, ya no existen parámetros tipificados ni se pueden presumir las causas, que por la generalidad y abstracción tiene el distracto. Se regula la construcción del contrato y, limitadamente, su destrucción por causas precisas o determinadas que son efecto del incumplimiento o de su voluntad rescisoria, revocatoria o resolutoria. Amén de ello, se admite similar efecto para los supuestos de vicios del consentimiento o del acto, como bien lo señala la misma nota, en su segundo párrafo al art. 1200, cuando la ley lo autoriza *“si el contrato es hecho por un incapaz, por violencia, dolo, etc.”*.

Puedo presumir la causa fuente en una donación, en una venta, en una dación en pago, pero ¿puedo presumir la causa en un distracto? ¿Qué es lo que debo presumir, si la misma no es ninguna de las regladas en el contrato o que resulten expresamente de la ley?

---

■ (39) Op. cit. en nota 3, tomo III, p. 73.

Solo puedo presumir la fuente como acto abstracto, vacío, pero de licitud incierta. No cabe duda que el distracto debe ser causado en cuanto al fin, para dar sustento a la fuente y, sin esa causa, adolece de un defecto por su falta, lo que en verdad determina en principio una nulidad, que calificamos de relativa, en tanto la misma podrá ser subsanada proporcionando la prueba respectiva.