

## DISTRACTO DE DONACIÓN (ART. 1200 CÓDIGO CIVIL). SU PROCEDENCIA\*

### Doctrina:

- 1.- *La donación de inmueble a heredero forzoso no constituye título observable, sólo implica un anticipo de herencia que, si llegara a afectar la legítima de un coheredero, quedará sujeta a la acción de colación (art. 3477 y concordantes del C. C.).*
- 2.- *Se considera imperfecto el título proveniente de donación de inmueble a quienes no fueran herederos legitimarios descendientes del donante, en razón de la eventual viabilidad de la acción reipersecutoria que consagra el art. 3955 del C. C.*
- 3.- *El distracto es un contrato atípico, extintivo del contrato precedente entre las mismas partes o, si se quiere, de los efectos del mismo, incluso retroactivamente, si así se pactare en forma expresa; ello sin perjuicio de los derechos de terceros.*
- 4.- *El distracto es posible en general con relación a todos los contratos y, por tanto, respecto de la donación de inmuebles; es título causa suficiente para la transmisión del dominio en los términos del art. 2602 C. C. Instrumentado en escritura pública, seguida o precedida de la tradición e inscripta en el Registro respectivo, hace reingresar el derecho de propiedad de la cosa en la esfera patrimonial de quien fuera trasmittente; producido ese efecto, en el caso de distrac-*

---

\*Dictamen aprobado por el Consejo Directivo, en sesión del 2/8/2000, sobre la base de la recopilación hecha por el escribano Horacio L. Pelosi de aspectos parciales de los dictámenes elaborados por los escribanos Francisco Cerávolo y Rosana Gimeno.

*to de la donación cesa la posibilidad de una eventual acción de reducción.*

- 5.- *El distracto de una donación no constituye nueva donación, su causa-fin es la abolición o extinción del precedente contrato. Si se trata del distracto de donación de inmuebles las partes quieren la extinción de ese contrato y, en la terminología del Código, el “retiro” (re-trasmisión) del derecho real de dominio que se transmitió. Si el donatario nada recibe en el negocio jurídico “rescisión bilateral” es porque nada dio en el momento de celebración del contrato precedente.*
- 6.- *Los sucesores universales de las partes de un contrato pueden, en virtud de la continuidad de la persona del causante en el heredero, celebrar el distracto de dicho contrato y, por tanto, pueden hacerlo respecto de la donación de inmuebles.*

#### Antecedentes:

1.- Las señoras A. R. de la C. T. y A. I. M. donaron a I. F., nieta e hija, respectivamente, de aquéllas, un inmueble que les pertenecía en calidad de propio y en igual proporción. La escritura se otorgó el 10 de mayo de 1989.

2.- La señora A. R. de la C. T. falleció en el mes de enero de 1995; en el pertinente proceso sucesorio se declaró única heredera a su hija A. I. M.

3.- A. I. M. —en calidad de co-donante del inmueble y, a la vez, única heredera de A. R. de la C. T.—, e I. F., en su carácter de donataria, rescindieron el contrato de donación; el distracto se formalizó en escritura otorgada en junio de 1999.

4.- En escrito presentado en el proceso referido más arriba, la señora A. I. M. amplió la denuncia de bienes del acervo mediante la inclusión del inmueble de que se trata; acompañó primer testimonio de la escritura citada en el párrafo anterior y pidió se inscribiera a su nombre el dominio del inmueble. El juzgado proveyó de conformidad en resolución del mes de julio de 1999 ordenando la inscripción de la declaratoria conjuntamente con “la revocación de la donación” respecto del inmueble, por el “sistema de tracto abreviado por intermedio del escribano...”; finalmente, en escritura otorgada por doña A. I. M. el 6 de julio de 1999 se relacionaron los antecedentes, se transcribieron declaratoria de herederos, el testimonio de la escritura de distracto y dicha resolución. Se inscribió en el Registro de la Propiedad.

5.- El consultante opina “que el distracto realizado reúne los elementos necesarios como para considerar bonificado el título afectado por la eventual acción reipersecutoria prevista en el art. 3955 del Código Civil”.

#### Consideraciones:

I.- Viabilidad del distracto de donación de inmueble

I. 1.- Una vez más se plantea en estas actuaciones el tema de la imperfección de título proveniente de donación a personas que no son herederas legi-

timarias del donante; ahora relacionado con la viabilidad o improcedencia del distracto.

I. 2.- Respecto de la cuestión enunciada en primer término se ha pronunciado reiteradamente esta Comisión en sentido concordante con la jurisprudencia plenaria sentada en autos “Escary c/ Pietranera” por la Cámara Civil de esta Capital (*J. A.*, t. 5, pág. 1), cuya vigencia es incontrovertible a la luz de lo resuelto por otro plenario de la misma Cámara del 15-7-1977 (*E. D.*, t. 74, pág. 322) y de lo preceptuado por el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (texto según ley 22434, t. o. decreto 1042/81).

I. 3.- La doctrina que emana del fallo citado en cuanto al efecto reipersecutorio de la acción de reducción es la sostenida por la gran mayoría de nuestros tratadistas, en lo que respecta a las donaciones a favor de quienes no fueran herederos legitimarios del donante.

Se ha dicho, sobre el particular, que en toda donación se halla implícita “la condición resolutoria consistente en que resulte inoficiosa a la muerte del donante”; que “el art. 3955 identifica con la expresión acción de reivindicación a la que compete al heredero contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación pasible de reducción por afectar la legítima; por lo tanto, la reducción se efectúa en especie y no en valores; la acción de reducción disuelve el dominio transmitido por el donante, totalmente o en la medida necesaria para salvar la legítima... En sentido opuesto se sustenta que el donatario puede detener los efectos de la acción desinteresando al heredero mediante el pago de la suma necesaria para cubrir la legítima...” (Méndez Costa, María J. en *Código Civil Anotado*, Llambías-Méndez Costa, t. V-B., art. 3601, págs. 472 y siguientes. Ver extensa bibliografía citada por la autora).

I. 4.- En dictamen anterior (*R. del N.* 830, pág. 585) colacionamos opiniones de algunos de los autores que niegan calidad de reivindicatoria a la acción de reducción, entendiendo que se trata de una acción personal pues por ella “sólo se persigue el cobro de un crédito, no la cosa” (Guaglianone, Aquiles H., *Régimen patrimonial del matrimonio*, t. I., N° 93, pág. 268); o con otras palabras “no tiene el carácter de acción reivindicatoria por no darse los supuestos que la caracterizan... se trata de una acción reintegradora patrimonial...” (Cafferata, José I., “Acciones del heredero durante el estado de indivisión”, *E. D.*, t. 60, pág. 933); o “...no se restituye el inmueble al acervo sucesorio... sino que se computa su valor...” (Spota, Alberto G., “Nota a fallo”, *L. L.*, t. 1986-B, pág.85).

En posición similar, en cuanto a la negación del carácter reivindicatorio de la acción, se ubica el pensamiento de López de Zavalía; así afirma: “...se trata de una acción personal que pertenece al género de las acciones de inoponibilidad, de entre las cuales, el ejemplo más relevante está dado por la acción pauliana...” “El interés es la medida de las acciones en justicia. De lo que se agravia el legitimario es del valor (arts. 1821, 1830, 3602); tenga ese valor y cese su interés”. “Naturalmente que esa inoponibilidad va a funcionar también frente a terceros, pues lo dice el art. 3955, por lo menos hasta allí donde otros principios detengan la persecución. Pero esto no significa que se trate de una ac-

ción reivindicatoria, pues la pauliana no es reivindicatoria y funciona frente a terceros...” (*Teoría de los contratos*, t. II., págs. 535-539). Independientemente de señalar nuestra disidencia, cabe poner en relieve que de las palabras de este tratadista no puede, en modo alguno, deducirse que la acción conferida por la ley al heredero perjudicado en su legítima es la pauliana, reglada por los arts. 961 y sgtes. de nuestro Código, como con flagrante error se ha entendido por algunos colegas (Llorens, Luis R., en “Donaciones”, sección segunda de la obra *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*, por Cristina Noemí Armella, Luis Rogelio Llorens y Rubén Augusto Lamber, págs. 129 a 131).

Tal interpretación vacía de contenido normas fundamentales del derecho positivo tutelares de la legítima, pues para el andamio de la mentada acción pauliana es preciso la reunión de los requisitos exigidos por el art. 962, entre ellos el de que el crédito en virtud del cual se intenta “sea de una fecha anterior al acto del deudor” (inc. 3), y parece obvio que al momento de la donación el eventual legitimario no era ni pudo ser, como tal, acreedor del donante ni del donatario. Sin embargo, no se trata de una simple inadvertencia pues, anticipándose a la observación, se reflexiona así: “...a) Que existe, por lo menos, una excepción a este principio en el art. 963 del Código... b) Que la acción de fraude protege también a los acreedores eventuales...” Aquí vuelve a ser evidente el error, pues la justificable excepción del art. 963 corresponde a las “enajenaciones hechas por el que ha cometido un crimen, aunque consumadas antes del delito, si fuesen ejecutadas para salvar la responsabilidad del acto...”, excepción que, como toda norma de ese carácter, no es pasible de interpretación analógica y mucho menos aplicable a situaciones sustancialmente distintas.

I. 5.- En fallos recientes de la Cámara Nacional Civil que denegaron la apertura de la sucesión del donante pretendida por personas carentes de vocación hereditaria a los fines de bonificar título proveniente de donación, o rechazaron la petición de declaración judicial a iguales efectos, se expresaron, entre otros, estos conceptos: “...el inmueble podría ser objeto de eventuales acciones de reducción promovidas por los hipotéticos herederos legitimarios... Sin embargo, no existe acción idónea para obtener el perfeccionamiento del título ya que, de conformidad con lo dispuesto por la ley sustancial, tal extremo sólo se configurará ante el vencimiento del plazo de prescripción de la acción mencionada, cuyo cómputo se inicia a partir del fallecimiento del donante...” (Sala H, “Soncin, Zulema A.”, fallo del 20-11-1996). “La vía intentada para sanear el título... carece de normatividad en nuestro derecho. Ante normas claras como las que consagran la acción reipersecutoria no se puede desnaturalizar... la misma, obligando al legitimario –si lo hubiere– a un proceder que de ninguna disposición emana” (Sala M, “Estamatti, Mirta R. s/ sucesión”, expte. 21273-97, fallo del 11-8-97).

I. 6.- El proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, redactado por la Comisión designada por decreto 685/95 (Ed. Abeledo-Perrot, abril 1999), distingue claramente las acciones que, en los supuestos de violación a la legítima, competen en los casos de donaciones a un descendiente, de

las hechas a favor de otras personas. Así, conforme lo previsto en el art. 2339, la colación es la del “valor de los bienes que le han sido donados por el causante...”; “dicho valor se aprecia en valores constantes, al tiempo de las donaciones”; el art. 2340, por su parte, se refiere a las donaciones inoficiosas al descendiente y establece que la colación se hará compensando “la diferencia en dinero”. La acción de reducción de donaciones se regla en los arts. 2402 y sigtes.; dispone el art. 2403: “Si la reducción es total la donación queda resuelta...” La acción prevista es reipersecutoria, según el texto del art. 2406: “La reducción extingue con relación al legitimario los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Previa excusión de los bienes del donatario, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables, así como las cosas muebles respecto de las cuales la acción no está impedida por lo dispuesto en el art. 1828”.

El art. 2502 reduce a dos años contados desde la muerte del causante el plazo de prescripción de las acciones de colación y reducción (inc. f).

I. 7.- La escritura referida en 3.- exige la elucidación de estos interrogantes: ¿es viable el retracto de una donación?; si lo fuera, ¿existe la identidad objetiva y subjetiva que exige el “*contrario consensus*”?

I. 8.- En punto a la primera de las cuestiones planteadas, un sector de la doctrina afirma que el distracto sólo es concebible en los contratos en vías de cumplimiento, en los de prestaciones sucesivas o de ejecución continuada, y de ninguna manera admisible en aquéllos agotados por el cumplimiento (Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*; López de Zavalía, ob. cit., t. I, pág. 374; Armella, Cristina, “*Contrarius consensus*. A propósito de la pretendida bonificación de los títulos de donación”, y autores citados en ese aporte, *R. del N.* N° 837, págs. 194 a 218).

I. 9.- Es cierto que, por su misma naturaleza, es muchísimo más frecuente el distracto en los contratos de prestaciones periódicas o cuyo cumplimiento no se hubiera agotado, mas ello no autoriza la distinción que se propugna, en tanto no armoniza con el texto del art. 1200 ni con el principio del que éste es mera emanación, tal como lo destaca Borda aseverando que “esta institución (la rescisión) es una consecuencia obvia y necesaria del principio de la autonomía de la voluntad que rige en materia de contratos, no obstante lo cual el codificador creyó oportuno establecerla expresamente en el art. 1200 C. Civil” (*Tratado de Derecho Civil Argentino*, parte general, 3ª. ed., N° 1239, pág. 351).

I. 10.- La norma precitada contempla dos supuestos: a) La rescisión bilateral, en cuya virtud las partes pueden “extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido”. b) La revocación “por las causas que la ley autoriza”.

Con relación al primero de esos supuestos no resulta del texto ni de su espíritu –el de la soberanía de la voluntad– limitación alguna respecto del tipo de contrato. El derecho real transmitido, cuyo “retiro” se autoriza, no pudo ser sino el efecto de un negocio causal, agotado en sí mismo; ello así, la posición doctrinal que comentamos importa una injustificada restricción del ámbito de aplicación del precepto.

I. 11.- La tesis restrictiva no aparece contemplada en otro importante sector de la doctrina, en el que no se menciona la pretendida distinción o se la rechaza, explícita o implícitamente, entendiendo que el distracto procede, en general, en todos los contratos, opinión a la que adherimos.

I. 12.- En su comentario expresa Alterini: “El distracto, ‘contrario *consensus*’ o ‘contrario *actus*’ está contemplado en el art. 1200 del Código Civil como rescisión derivada del mutuo consentimiento... Conforme al texto del citado art. 1200 del C. C., mediante el mero distracto las partes podrían retirar los derechos reales que se hubiesen transferido, lo cual es inexacto; para ello es menester, además del acuerdo rescisorio, la tradición (art. 577, C. C.) y, tratándose de derechos reales sobre inmuebles, la escritura pública (art. 1184, inc. 1, C. C.) y la inscripción registral (art. 2505, C. C., según ley 17711...”). (Llambías-Alterini, *Código Civil anotado*).

I. 13.- En sentido análogo se expide el Código Civil comentado de Belluscio-Zannoni; se expresa en el examen del art. 1200: “Los modos de extinción de los contratos son tres: la rescisión de que se trata en este art... La rescisión deja sin efectos el contrato para el futuro en virtud del acuerdo de las partes... La rescisión bilateral o distracto es el acto jurídico bilateral y patrimonial de carácter extintivo, o sea que el distracto es un acto jurídico mediante el cual se deja sin efecto un contrato; como tal requiere el mutuo consentimiento... También en este caso los efectos operan hacia el futuro, sin que se alteren los efectos ya producidos” (...) “Los efectos del acto extintivo se producen ‘*ex nunc*’, o sea hacia el futuro. En consecuencia, los actos ya ejecutados, en los contratos de tracto sucesivo quedan firmes...” 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 anterior titular el derecho real; es necesario cumplir con la tradición y la inscripción.

I. 14.- Con referencia al mismo precepto escribe Zannoni: “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... Ello es así en tanto el distracto es un acto también bilateral extintivo, que requiere el mutuo consentimiento de quienes, en su momento, lo otorgaron... El distracto implica la ineficacia sobrevenida del negocio en virtud del reconocimiento de la autonomía privada: ‘lo que el *consensus* puede hacer, el contrario *consensus* puede destruir’, señala López de Zavalía. Obviamente, en este supuesto la ley no indaga acerca de las determinantes subjetivas de los sujetos del negocio que, por su decisión concordante, resuelven destituir de eficacia al negocio. En este ámbito opera el reconocimiento de la voluntad negocial que, del mismo modo que puede vincular a los sujetos, puede desvincularlos de la relación previamente establecida” (Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Ed. Astrea, reimpresión, pág. 128).

I. 15.- En erudito aporte, Farina se pronuncia en los siguientes términos: “El mutuo disenso se funda en el principio de que lo que el contrato produce,

el distracto puede dejar sin efecto, por la recíproca conveniencia de las partes, debido a intereses sobrevinientes... En principio, todos los contratos son susceptibles de mutuo disenso, inclusive los contratos reales. La rescisión por mutuo disenso no constituye una renuncia... y se produce sin necesidad de pronunciamiento judicial, por la sola voluntad de las partes... La rescisión produce la extinción de las obligaciones y de los derechos reales que el contrato rescindido había hecho nacer, pero no retroactivamente sino sólo para el futuro, “*ex-nunc*”. Como consecuencia, tratándose de un contrato de ejecución continuada o periódica, la rescisión no perjudica lo que ha sido ejecutado. Por otra parte, los derechos del tercero subadquirente, adquiridos antes de la rescisión, quedan inalterables” (Farina, Juan M., *Rescisión y resolución de los contratos*, págs. 20-21 y 32).

I. 16.- En el estudio del tema de las vicisitudes extintivas del negocio jurídico, **Cariota Ferrara** plantea este interrogante: “¿se opera y se puede operar sobre el negocio, como tal, o se opera y se puede operar sobre los efectos del mismo, es decir, sobre la relación o, en general, sobre la situación que de él deriva?”, concretando así sus conclusiones: “las partes pueden obrar directamente sobre el negocio, aboliéndolo”; en cita a pie de página expresa: “Para una amplia figura de actos y negocios dirigidos contra actos y negocios precedentes, de forma magnífica, recientemente, **Carnelutti**, en Foro it., 1937, IV, pág. 99, que configura la ‘destrucción’ (destruir es lo contrario de construir)...” “El *contrarius consensus* o *contrarius dissensus* es precisamente el acuerdo de las partes con objeto de que un contrato celebrado entre ellas quede suprimido; este resultado, perseguido por las partes, que es la destrucción del negocio precedente, debe considerarse dotado de valor jurídico en el ordenamiento. La objeción fundamental opuesta a la solución positiva que acogemos, por lo demás sostenida por la doctrina dominante, no parece decisiva, pues que el contrato en cuestión no puede tener eficacia retroactiva, incluso contra los terceros, no es argumento del que deba deducirse la imposibilidad lógica o jurídica de que las partes extingan un contrato precedente, ya que éste se encuentra ligado a la tutela de los terceros y al principio de que los contratos, generalmente, tienen efecto sólo entre las partes que destruyan, de donde se sigue que no es posible que las partes destruyan, a través de la destrucción del negocio, los efectos que ya se han producido para los terceros o aquellos sobre los que se fundamentan posteriores efectos para dichos terceros (piénsese en un contrato abolutivo de un contrato a favor de tercero y realizado después de la declaración de éste de querer beneficiarse de la estipulación... o piénsese en un contrato entre A y B abolutivo, posterior a la venta que del mismo objeto tuvo lugar entre B y C). Por lo demás, por qué negar una retroactividad real dentro de los límites en los que beneficie y no perjudique a un tercero” (Cariota Ferrara, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. de Manuel Albaladejo, págs. 573 a 575).

I. 17.- Hay coincidencia doctrinal en destacar que los efectos de la rescisión se producen “*ex nunc*”, es decir, para el futuro; ello es lo normal. No obstante, se admite que las partes pueden, por declaración expresa, acordar al retracto efectos retroactivos, obviamente sin perjuicio de terceros por la simple aplica-

ción del principio “*res inter alios acta*”, universal en el Derecho, consagrado por el art. 1199 de nuestro Código.

I. 18.- En suma: si el art. 1200 del C. C. se interpreta correctamente como una de las tantas aplicaciones del principio rector de la autonomía de la voluntad, cuyo espíritu lo insufla; si las partes pueden extinguir las obligaciones que nacen de los contratos y retirar los derechos reales transmitidos; si, incluso, pueden pactar expresamente que esa extinción se produzca con efectos retroactivos, como lo reconoce la mayor parte de la doctrina, a salvo los derechos de terceros; si esta conducta no viola norma imperativa alguna de nuestro derecho positivo; si todo ello es así, no parece razonable la distinción que se pretende entre contratos de prestaciones sucesivas y contratos agotados por ejecución de las respectivas prestaciones. El distracto, en tanto querido libremente y declarado en forma explícita, puede importar, con los alcances que le acuerda la coincidente voluntad de las partes, la abolición –no la inexistencia– del contrato precedente. Es el distracto, en definitiva, un contrato extintivo del anterior celebrado por las mismas partes, como en textos inequívocos se consagra en las legislaciones modernas; así, v.g. en el Código Civil italiano, art. 1372: “El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser disuelto (en su idioma, “*sciolto*”) sino por mutuo consenso o por causas admitidas por la ley. El contrato no produce efecto respecto de terceros más que en los casos previstos por la ley”; art. 1321: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial” (*II Nuovo Codice Civile Italiano*. Anotaciones y concordancias a cargo de Francesco Bartolini, Ed. La Tribuna, Piacenza, 1999). La misma línea se adopta en el nuevo Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio, citado más arriba; el Capítulo XII, Título II del Libro IV, trata de la Extinción, modificación y adecuación del contrato; su art. 1039 prescribe: “sin perjuicio de lo que se dispone respecto de los actos jurídicos en general, los contratos se extinguen:... c) Por rescisión bilateral...”; el art. 1040 expresa: “El contrato puede ser extinguido, por rescisión bilateral, mediante otro que tenga ese objeto. Esta extinción, salvo estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro, y en todo caso no afecta el derecho de terceros”.

I. 19.- En tiempos recientes se han esgrimido otros argumentos para embarrar contra la posibilidad del distracto de la donación; así se ha dicho que “recurrir al distracto para obtener la pretendida bonificación implica el otorgamiento de un contrato de objeto ilícito, de acuerdo con el artículo 953 del C. C. y con la noción de causa que hemos aceptado” (di Castelnuovo, Gastón R. “La simulación, el distracto y, otra vez, las donaciones a extraños”, *Rev. Notarial* N° 926, págs. 41 y sigtes.). No puede compartirse afirmación tal. Más allá de la añeja discusión doctrinal entre causalistas y anticausalistas, parece fuera de toda discusión que nuestro Código ha adoptado la doctrina clásica, es decir, la tesis que considera a la causa como elemento del contrato. La noción de causa ha dividido a la doctrina; para los partidarios de la tesis objetiva, la causa se define como “la función práctico-social del negocio reconocida (se com-

prende que en general y preventivamente) por el Derecho, es decir, la función que aquél objetivamente tiene y que el Derecho, como tal, sanciona y reconoce; precisamente porque reconocida por el Derecho, la función práctico social puede constituir la propia razón del negocio jurídico” (Cariota Ferrara, ob. cit., pág. 489). En la misma corriente se ha sostenido que la causa “es la razón económico-jurídica del acto en el sentido de fin típico por el cual el negocio recibe la tutela legal”, y también “la causa tiene relieve por servir para limitar la autonomía de la voluntad: el legislador no establece la protección del ordenamiento jurídico si no se sabe previamente para qué han dado las partes su consentimiento y, además, si no se conoce que tal consentimiento se dirige a un fin lícito” (Stolel, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, trad. y notas de Jaime Santos Briz, Ed. *Rev. de Derecho Privado*, págs. 40-41). En la tesis subjetiva, causa es el fin inmediato y determinante que han tenido en mira las partes al contratar; razón directa y concreta de la celebración del acto y, precisamente por ello, resalta para la contraparte, que no puede ignorarla” (Borda, ob. cit., N° 847, pág. 85).

I. 20.- Definido el concepto de causa, la “razón económico-jurídica, la “función práctico-social” o el “fin inmediato y determinante” del distracto aparece claramente: la rescisión de la donación con el fin de reintegrar al donante el dominio de lo donado. No se advierte dónde se halla el precepto legal o cuál es la regla moral que supuestamente se violaría. Cabe, todavía, recordar que, en buena doctrina, se diferencia la causa de los motivos que llevan a contratar; la primera –dice Borda– es el fin inmediato, directo y concreto que ha determinado la celebración del acto; los motivos son los móviles indicados o remotos, que no se vinculan necesariamente con el acto... estos motivos, por ser subjetivos e internos, contingentes, variables y múltiples, son imponderables y, por lo tanto, resultan jurídicamente intrascendentes. Es claro que un motivo puede ser elevado a la categoría de causa, si expresamente se le da tal jerarquía en el acto o si la otra parte sabía que el acto no tenía otro fundamento que él” (ob. cit., N° 848, págs. 85-86). De todas maneras –agregamos–, el motivo que adquiriera esa calidad de causa debería ser ilícito o inmoral para determinar la nulidad del acto. El motivo del retracto de la donación –que no es necesario expresar– puede ser el cambio de las circunstancias económico-sociales de donante y donatario o de uno de ellos; la intención del donatario de liberarse de la obligación alimentaria; la existencia, en la realidad, de una causa de revocación de la donación que las partes, de común acuerdo, evitan exteriorizar, etcétera.

I. 21.- La bonificación del título puede ser efecto del distracto, no su causa-fin; no descartamos que pueda ser uno de los motivos, en cuyo caso sólo como tal debería juzgarse; cabe aún preguntar –si cupiera– ¿por qué sería ilícito o inmoral?

I. 22.- Otra de las críticas que se formulan consiste en aseverar que el distracto de la donación implica un nuevo contrato de donación por juzgárselo un contrato también unilateral y gratuito (Armella, Cristina N. “*Contrarius consensus*”, *R. del N.* 837, págs. 193 a 212; di Castelnuovo, Gastón R., op. cit.).

Al respecto reiteramos que la causa-fin del distracto es la abolición o extinción del precedente contrato; si se trata del distracto de donación de inmuebles las partes quieren la extinción de ese contrato y, en la terminología del Código, el “retiro” (retransmisión) del derecho real de dominio que se transmitió, y de ninguna manera entienden celebrar, ni celebran, un nuevo contrato de donación; ello, con abstracción de los motivos. Si el donatario nada recibe en el negocio jurídico consistente en la rescisión bilateral es porque, en todo caso, nada dio en el momento de la celebración del contrato precedente. Si se siguiera el criterio que ve en el distracto de la donación un nuevo contrato de ese tipo habría que concluir que la rescisión bilateral de una compraventa implica un nuevo contrato de compraventa o, en la hipótesis del distracto de una permuta, un nuevo contrato de permuta, conclusión que no tiene asidero en nuestro régimen jurídico. Para aclarar, ejemplifiquemos: “B” compra una máquina a “N”; paga el precio y recibe la cosa; típico contrato de compraventa con prestaciones recíprocas cumplidas; posteriormente, por los motivos que fueran, las partes deciden rescindir el contrato reintegrándose esas recíprocas prestaciones; ¿puede, en rigor, afirmarse que hay otro contrato de compraventa por el que “N” le compra a “B” la misma máquina que le vendió, recibéndola y pagando el mismo precio? Podrían darse otros ejemplos, tales como el de un boleto de compraventa de inmueble –“contrato de promesa de contrato de compraventa inmobiliaria”, en la definición de Molinario–, concluido y agotado como tal, que las partes acuerdan rescindir por mutuo consentimiento; ¿hay, en tal caso, otro boleto de compraventa en el que las partes cambian las respectivas posiciones de prometiende vendedor y prometiende comprador? El distracto es simplemente rescisión del contrato que le dio origen; contrato atípico, figura jurídica autónoma, “categoría de negocios caracterizados sólo por el hecho de que se realizan para neutralizar los efectos producidos por un contrato precedente contra el cual se dirigen...”, en palabras de Dejana (citado por Cariota Ferrara en su obra, pág. 575). La gratuidad del distracto es, en todo caso, consecuencia natural de la gratuidad de la donación, del mismo modo que la onerosidad del distracto de una compraventa es corolario lógico de la onerosidad de ésta, sin que pueda, en ambos supuestos, aseverarse la existencia de una nueva donación o una nueva compraventa. Lo dicho, en tanto, en la realidad, la atribución patrimonial consecuente al distracto pueda calificarse como gratuita, pues que lo sea o no depende del juzgamiento del caso particular; adviértase que puede darse el caso de que el valor de la obligación alimentaria que se impone al donatario en la donación sin cargo (art. 1837) sea equivalente y aun superior al de la cosa donada, en cuyo supuesto ha de calificarse el distracto como contrato oneroso.

I. 23.- Sentada la premisa de la primera, en general, gratuidad del distracto de la donación gratuita, no cabe deducir de ella que hay otra donación en la que el donatario es donante y viceversa; se trata, insistimos, de un contrato atípico, que tiene por objeto extinguir un contrato precedente. Entendemos que, a todo evento, no procedería la acción reipersecutoria del art. 3955 del C. C. que pudiera intentar un heredero forzoso del donatario fundado en la gratui-

dad de la rescisión de la donación gratuita, libremente querida por el causante.

I. 24.- Por último, se ha pretendido algo así como sentar una presunción doctrinal de simulación del distracto de la donación en los siguientes términos: “En general, el distracto es seguido de un contrato simulado o, lo que es peor, el propio distracto es simulado” (Armella, op. cit., pág. 212). No puede aceptarse tal afirmación, apriorística, generalizada y huérfana de sustento lógico y jurídico. Acotamos: la simulación puede darse en la donación, en el distracto, tanto como en cualquier otro negocio jurídico bilateral o unilateral; no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito (art. 957); no puede oponerse al sucesor singular de buena fe, es decir, al que desconocía el carácter simulado del acto que servía de antecedente a su derecho; debe ser alegada y probada por quienes resultaran perjudicados; compete al juez de la causa apreciar la prueba producida y decidir, en su caso, la anulación del acto.

I. 25.- Desechados así los argumentos esgrimidos en contra de la viabilidad del distracto en las donaciones, sintetizamos nuestra opinión: el distracto es un contrato atípico, abolitivo del propio contrato precedente entre las mismas partes; ello, naturalmente, sin perjuicio de terceros. Por aplicación del principio universal de la autonomía privada, en tanto receptado y sancionado por el ordenamiento jurídico, es viable, en general, respecto de todos los contratos y, en consecuencia, respecto del contrato de donación de inmueble; es título causa suficiente para la transmisión del dominio en los términos del art. 2602 del C. C.; instrumentado en escritura pública (art. 1184), precedido o seguido por la tradición (art. 577) e inscripción en el respectivo registro (art. 2505), hace reingresar el derecho de propiedad de la cosa en la esfera patrimonial de quien fuera el trasmiteante; producido ese efecto, en el caso del distracto de la donación desaparece la posibilidad de la eventual acción de reducción. Reiteramos, de esta manera, la opinión vertida en dictamen aprobado por el C. D. del Colegio en sesión del 9 de septiembre de 1992 (expte. Consulta escribano M. Z.), coincidente, en punto a la procedencia del retracto de la compraventa inmobiliaria, con nuestro dictamen publicado en *Rev. Not.* N° 767, año 1966, pág. 1238, y con el producido por los escribanos Julio E. Martínez Perri y Horacio E. Fontenla, casi contemporáneamente (*R. del Not.* N° 690, año 1966, págs. 1502 y sigtes.).

II.- Posibilidad de otorgamiento del distracto por los sucesores universales de las partes de una donación de inmueble

II. 1.- La muerte crea el problema de determinar la suerte de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, de diversos modos al momento de la desaparición física de la persona.

En este punto refiere Zannoni que es evidente que la muerte sugiere una necesaria discontinuidad en un elemento primordial de la relación jurídica como es el sujeto. Y ante esta obvia discontinuidad natural que provoca la

muerte, el derecho de sucesiones intenta el hallazgo de una *continuidad jurídica en las relaciones* de derecho que el causante deja sin titular.

Maffía analiza los antecedentes romanos al decir que: “La necesidad de impedir que las relaciones jurídicas anudadas por un sujeto quedaran desatadas por su muerte, impulsó la elaboración de un concepto que, descansando en una ficción, negaba la desaparición del fallecido como entidad de derecho y establecía su prolongación mediante la continuidad de su persona por el heredero. *Éste y aquél son una misma persona, de modo que la vacante dejada por el muerto es ocupada instantáneamente por el sucesor.*”

II. 2.- Aubry y Rau en el siglo XIX desarrollan la *teoría del patrimonio-persona*; así, para estos autores la idea de patrimonio se deduce directamente de la personalidad, es en su más alta expresión, la personalidad misma del hombre considerada en sus relaciones con los objetos del exterior. El patrimonio emerge, entonces, como emanación de la personalidad, un atributo de ella.

De esta teoría se puede concluir, siguiendo los lineamientos expuestos por el doctor Maffía: a) que el patrimonio es uno e indivisible como la persona, b) que toda persona física o moral posee necesariamente uno, c) que siendo una emanación de la personalidad, él es intransmisible en vida del titular, d) por ello, la transmisibilidad sólo se produce en caso de muerte al operarse la *confusión de personalidades entre el causante y su heredero, lo que apareja la confusión de los respectivos patrimonios*, el que siendo un todo ideal de contenido indeterminado, se rige por la ley personal de su titular y no por la ley del lugar.

Para esta teoría del patrimonio concebido como atributo de la personalidad, el conjunto de bienes se universaliza en una categoría abstracta de unidad para imputarse siempre a la noción de sujeto, la persona como ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30 del Cód. Civil).

La trilogía: persona-patrimonio-capacidad expresa la idea de la aptitud hacia la titularidad y ejercicio de derechos y obligaciones.

II. 3.- A la construcción dogmática que se ha mencionado se enfrenta el sistema de filiación germánica de la llamada *sucesión en los bienes*, en este sistema, a la muerte del sujeto, su patrimonio recibe la consideración de un activo y un pasivo conformado por obligaciones que pesan con cargas a liquidar. El heredero permanece ajeno a la posición jurídica del causante y recibe, una vez liquidadas las cargas, los bienes relictos. La adquisición del patrimonio se opera como activo líquido diferenciándose del anterior que se funda en la continuación de las relaciones jurídicas por los herederos y la adquisición pasa a ser algo secundario.

El sistema de sucesión en los bienes ha sido adoptado, con diferentes matices, por instalaciones como el Código alemán, el brasileño, peruano, mejicano, soviético, etc. (conf. Borda, *Tratado de Derecho Civil, Sucesiones*, tomo I, sexta edición, Editorial Perrot) y ha sido mirado con beneplácito por autores como, por ejemplo: Borda, Fornieles y opiniones vertidas en el 1º y 2º Congreso Nacional de Derecho Civil de Córdoba, realizados en los años 1928 y 1937.

Al redactar su Código, Vélez se enroló en la concepción romana de la con-

tinuidad, la regla que estableció fue, en consecuencia, la de responsabilidad del heredero por las deudas y cargas de la herencia no sólo con los bienes recibidos sino también con los propios (art. 3343 C. Civil).

El derecho argentino, siguiendo la teoría del patrimonio-persona, considera al heredero continuador de la personalidad patrimonial del causante; asumiendo su carácter, el patrimonio es único e indivisible. Así lo dispone el art. 3417 y el art. 3342 regula la *confusión de patrimonios*: "...causa definitivamente la confusión de la herencia con el patrimonio del heredero; y trae la extinción de sus deudas o créditos a favor o en contra del difunto, y la extinción de los derechos reales con que estaban gravados sus bienes a favor del difunto o que le competían sobre sus bienes".

El art. 3279 expresa: "La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive..." El todo ideal (art. 3281 C. C.) que define la nota del art. 2312, siguiendo la doctrina francesa clásica, como universalidad jurídica de los derechos reales y personales bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes, una universalidad jurídica que no depende de la voluntad del sujeto sino que está impuesta a su propia naturaleza de persona para el Derecho Civil.

"La ley 17711 facilita la limitación de responsabilidad del heredero estableciendo como principio general que éste respondiera *intra vires*, presumiendo que toda aceptación de herencia se realiza con beneficio de inventario", y continúa diciendo que: "Conviene marcar que este facilitamiento de las limitaciones a la responsabilidad del heredero no implica que el sistema del Código haya tomado el de la sucesión en los bienes, ya que todas sus soluciones siguen siendo las que responden al sistema de la sucesión en la persona" (Maffia, obra citada).

La trilogía: persona-patrimonio-capacidad expresa la idea de la aptitud hacia la titularidad y ejercicio de derechos y obligaciones (Maffia, ob. cit.).

II. 4.- *Contenido de la transmisión hereditaria*. El principio general sienta que la sucesión comprende la universalidad de los derechos patrimoniales del causante –art. 3417 C. C.– y añade: "...con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión". El Código no enumera a tales derechos; el art. 498 refiere a los derechos u obligaciones inherentes a la persona.

Según la definición dada por el art. 3279, la sucesión por causa de muerte es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llaman para recibirla.

No debe confundirse el contenido de la sucesión con derechos nacidos en cabeza del heredero con motivo de su apertura, aunque ella sea el hecho originante de su nacimiento.

En el ámbito de los derechos reales, la regla es la transmisibilidad de las relaciones reales derivadas del dominio y del condominio, no sucediendo lo mismo con las desmembraciones: usufructo, uso y el derecho de habitación. Son transmisibles, además, las acciones petitorias y posesorias.

Específicamente, en relación con la esfera de los derechos personales, el art.

1195 dice: “Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos [o sea, las prestaciones] fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma”.

No sólo integran el causal relicto los derechos y obligaciones derivados de relaciones jurídicas sino también ciertas situaciones de hecho transmisibles, por ejemplo, en el caso de la posesión, usucapión...

Las prestaciones de hacer quedan extinguidas por la muerte cuando la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerla por su industria, arte o cualidades personales (art. 626 C. C. ).

En el caso de la locación de obra el contrato queda resuelto por la muerte del empresario, pero los herederos podrán continuar la construcción de la obra cuando ésta no exigiese del empresario cualidades especiales (arts. 1640 y 1641).

En materia de sociedades, el Código Civil trata la cuestión en los arts. 1670 y 1761, lo que ha dado vastas y encontradas opiniones en su interpretación que exceden el marco de este trabajo.

En materia de donaciones, la reversión condicional de ellas no puede ser estipulada sino en provecho del donante (1842 C. C.) pero en el caso de revocación por inejecución de cargas o ingratitud, la acción compete tanto al donante como a sus herederos (1852 y 1864).

En la compraventa el pacto de preferencia no es transmisible mortis causa (art. 1396).

En el caso de la renta vitalicia, la muerte del acreedor de una renta constituida en cabeza de un tercero produce que la renta pasa a sus herederos hasta la muerte del tercero (arts. 2083, 2086).

El mandato cesa por el fallecimiento del mandante o mandatario pero los herederos del mandatario suceden en la obligación de continuar por sí o por otros los negocios que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos o sus representantes dispongan sobre ellos, bajo pena de responder por el perjuicio resultante de su omisión (arts. 1963, 1969 C. C. ).

La garantía de evicción por influencia del principio general del 1195, tanto el derecho de invocarla como la obligación de prestarla, se transmite a los herederos de ambos.

**II. 5.- *Toda donación a extraños está sujeta a una condición resolutoria implícita que queda configurada en caso de resultar inoficiosa.***

Para fundar esta posición algunos autores parten de la diferencia entre la acción de reivindicación y la acción que emerge del dominio resoluble.

La diferencia entre ellas las equiparan a las que existen entre nulidad y resolución.

El doctor Leopoldo L. Peralta Mariscal sostiene: “El donatario no es... titular de un dominio nulo sino de uno revocable. La ley implícitamente determina, aquí coincidentemente con la solución del derecho francés, que el dominio

es revocable en la donación, precisamente porque si se da el acontecimiento futuro e incierto de resultar inoficiosa queda sin efecto”.

Es la solución que se desprende de la recta interpretación de los arts. 1830, 1831, 1832, 2670 y conchs. del C. C. Debe prestarse especial atención al 1831 cuando dice, refiriéndose a quien efectuó una donación inoficiosa, que “...sus herederos necesarios podrán demandar la reducción de ellas...” “La reducción de ellas” (las donaciones) deja ver claramente que quedan sin efecto en la medida necesaria para cubrir la legítima “si por el inventario de los bienes del donante fallecido, se conociere que fueron inoficiosas...”

Ese si condicional, que en caso de darse deja sin efecto la donación, nos demuestra que estamos ante una condición resolutoria, resultando en consecuencia aplicable el art. 2670. Coincidimos entonces con Maffía cuando, siguiendo a Guastavino, dice: “...en toda donación está implícita la condición resolutoria para el caso de resultar inoficiosa al tiempo de la muerte del donante” (cita de Maffía, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, tomo II, pág. 543, De Palma, Buenos Aires, 1982).

Ángel Francisco Cerávolo ha entendido que más que revocable sería (re)soluble *ex lege*, esto es, se hallaría sujeto a una condición resolutoria prevista por la propia ley (que la donación afecte la legítima de determinados herederos). En un dictamen, el mismo notario destaca que “inoficiosidad no significa nulidad, ni anulabilidad sino ineficacia, la que podrá o no advenir con sujeción a las reglas que el mismo Código establece para el cómputo de la porción legítima...”

En el XXVII Seminario de la Academia Argentina del Notariado, el escribano Miguel Norberto Falbo ejemplificó en un caso, esquematizando una escritura en la que se realiza un distracto de donación con reserva de usufructo por el fallecimiento del donatario; interviene luego de dictada la correspondiente declaratoria de herederos la viuda del donatario en su carácter de única y universal heredera, legitimando así su intervención (refiere al trámite del sucesorio y al dictado e inscripción de la declaratoria de herederos).

II. 6.- *Jurisprudencia*. “...No existe en nuestro derecho positivo una entidad sucesión con personalidad distinta a la de los herederos porque a ello se oponen claras y precisas normas legales en las que se ha consagrado la identidad de la persona del causante con la de sus herederos, la confusión de patrimonio de ambos y la transformación de las deudas de aquél en deudas personales de éstos” (C. Nac. Esp. Civil y Com., Sala 4º, 20-2-86, “Consortio Paraguay 1627 contra Murano, Rafael F. s/ sucesión”, *J. A.*, 1987 I 649).

“...Para nuestro Código en el acto mismo del fallecimiento del causante, su patrimonio queda jurídicamente transmitido a sus herederos (arts. 3410, 3415, 3545, 3588 y concordantes del Código Civil), de modo que no existe un instante de vacancia en los bienes y por eso no habría necesidad de atribuirlos a ningún sujeto ni tampoco dotarlos de personalidad” (C. Civ. y Com., Paraná, Sala 2º, 28-12-84, “Núñez Folcha, Margarita sucesión y otra c/ Wuigier, Linde Daniel”, *JA*, 1985 III 596).

“Los herederos forzosos, al continuar la persona del causante desde el mo-

mento de la apertura de la sucesión, pueden hacer uso de su investidura ejerciéndola plenamente. No sólo tomando posesión material de los bienes sin más aun a través de todo acto, incluso de disposición” (C. Civ. y Com., Pergamino, 14-6-95, “Klat, Daniel A. s/ sucesión *ab intestato*”).

“En nuestro sistema legal la sucesión no es un ente jurídico dotado de personalidad, no es una persona jurídica. Son los herederos los verdaderos titulares de los derechos y obligaciones que emanan del causante. Es decir que en nuestro derecho sólo existen sucesivamente aprehendiendo el patrimonio relictivo, la personalidad del causante mientras vive y la del heredero o herederos a partir de su muerte sin solución de continuidad, de modo que entre ambas no se interpola una tercera (arg. Arts. 30, 3279, 3282 su nota, 3415, 3417 y concordantes del Código Civil)” (C. Civ. y Com. Trenque Lauquen, 27-8-92, “El Granero S. A. c/ sucesión Carlos Romera s/ cobro ejecutivo”, concordante C. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala I, 5-12-91, “Smate, Masmud”, JA, 1994 II síntesis).

#### Conclusiones:

En el caso examinado se considera el título como perfecto por cuanto la donación efectuada por la madre a la hija implica un anticipo de herencia, que puede estar sujeta a una acción de colación entre coherederos, pero que no da lugar a acción reipersecutoria.

En lo atinente a la eventual reivindicación en razón de la donación que efectuara la abuela a la nieta, ha cesado toda posibilidad en virtud del distracto de la misma.