

EL DERECHO, LA REALIDAD Y EL DISTRACTO DE DONACIÓN

Por **Juan Cruz Ceriani Cernadas**

I. El tristemente célebre artículo 3955 C. C.

Siempre nos han enseñado que el Derecho no puede ni debe estar disociado de la realidad. Incluso las leyes que así no lo entienden caen en desuso o son infringidas en forma constante, al margen de su presunta obligatoriedad.

Este breve exordio viene a colación por el ya célebre, contradictorio y sumamente fastidioso asunto de las donaciones de inmuebles realizadas a terceros, sujetas a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, conforme lo preceptuado por el Art. 3955 del Código Civil.

Nos apresuramos a dejar sentado expresamente que concordamos con la posición doctrinaria que niega el carácter de acción reipersecutoria a la prevista en dicha norma, sostenida –entre otros– por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y la escuela que la acompaña (ver G. R. Di Castelnuovo, *Revista Notarial* N° 916, págs. 549 y ss.). Por ende, discrepamos de la consulta resuelta por el Consejo Directivo de nuestro Colegio el 19-8-92 (ver *Rev. del Notariado* N° 830, págs. 585 y ss.). Pero ésta es una mera aclaración y no la temática que nos proponemos tratar en estas líneas.

Aquel descolgado y sustancialmente desacertado artículo, así como los remedios para no caer en sus manos, han sido objeto, en los últimos tiempos, de numerosa doctrina, esencial pero no únicamente notarial. La jurisprudencia no es para nada copiosa.

II. La realidad (no virtual, sino real)

Ante la acuciante realidad de la múltiple existencia de aquella clase de donaciones, se acude a la imaginación jurídica para ponerles remedio.

No existen –que se sepa– estadísticas, pero me atrevería a asegurar que alcanzan a varios miles los inmuebles donados en esas circunstancias. En muchos casos, los donatarios son entidades, gubernamentales y privadas, de bien público, que reciben los inmuebles para poder continuar con sus objetivos: promoción social, ayuda a carecientes y discapacitados, hogares para ancianos, etcétera. En otros supuestos, los favorecidos por la liberalidad suelen ser hermanos, primos o sobrinos de donantes solteras o viudas sin hijos quienes, a raíz de la donación, se aseguran, a menudo, atención y alimentos en su vejez; al tiempo que tratan de evitar una sucesión que es, para ellos, excesivamente onerosa y prolongada. Cuando pretenden vender los inmuebles para cumplir con sus fines o atender una costosa enfermedad, se topan con el título observable.

Los hechos expuestos constituyen verdades incontrastables que los hombres de Derecho debemos tener en cuenta, no para forzar o ignorar las normas legales, sino para encontrar una salida adecuada.

Paradójicamente, aquella doctrina pareciera que mayoritariamente está empeñada en cerrar los caminos y encontrar, en lugar de soluciones, obstáculos en apariencia –sólo en apariencia– insalvables. Con toda sinceridad, al leer ciertos artículos –muchos de ellos publicados en esta *Revista del Notariado* y en la hermana *Revista Notarial*– me recuerdan los gestos soberbios que inmortalizaron los grabados del genial Daumier.

III. Los remedios, de causas y efectos

La prestigiosa Academia Nacional del Notariado, a través de los Seminarios Teórico-Prácticos Laureano Moreira, había hallado caminos y respuestas, como puede verse en las minutas de escrituras de distracto y otras soluciones –como la cláusula complementaria compareciendo el donante–, fruto de la tarea de juris notarialistas de la talla de Miguel N. Falbo, Natalio P. Etchegaray y Carlos Gattari (éste, también en sus *Soluciones Notariales y Praxis Notarial*). Por ello, y presionados por la observabilidad de los títulos, una apreciable cantidad de colegas –con total buena fe y buenos deseos– se dedicó a “bonificar” dichos títulos mediante los pertinentes distractos.

Y ahora resulta que, al decir de algunos de los detractores, lo que se hizo fue “malificar” aquellos títulos. Afirman que a una donación observable se la empeoró con otra donación aún más observable, puesto que ya no habrá que temer la acción de los herederos forzosos del donante originario, sino la de los forzosos del donatario. En esta línea de ideas, creo, reside el quid de la cuestión. Los juristas que abonan esta doctrina –cuya evidente versación y fama inspiran un cierto temor reverencial– no parecen concebir otra distinción que entre actos onerosos o gratuitos. Pero habría que desentrañar los institutos de la rescisión, la resolución y la revocación –todos extintivos de los contratos– para descubrir si siempre hay en ellos onerosidad o gratuidad.

IV. Dos ejemplos: uno apretado, otro distractado

Un tío le dona a su sobrino una camisa, usada para más datos. Al sobrino le queda chica, le aprieta de tal manera el cuello que casi lo sofoca. Entonces le dice al tío: “Gracias por la camisa que me donaste, pero te la devuelvo porque no puedo usarla sin grave riesgo para mi salud”. El tío recibe la camisa que regaló. ¿Qué hizo el sobrino? ¿Se la volvió a donar al tío? No, simplemente se la devolvió. No hubo gratuidad ni onerosidad. Por mutuo consentimiento “rescindieron” la donación. Claro está que por estricta aplicación del Art. 3955 –extendiéndolo imaginariamente a las cosas muebles– el sobrino debería haber usado la camisa durante diez años a partir del fallecimiento del tío para que prescribiera la acción de reivindicación de los herederos forzosos de éste y entonces, sólo entonces, tirarla a la basura en la seguridad de no sufrir una acción de reducción por la legítima afectada...

La aplicación a rajatabla de los postulados de quienes denostan la práctica del distracto podría introducirnos en más de una encerrona jurídica. Veamos: una persona –viuda o soltera–, aquejada por una enfermedad incurable, dona a su hermano –casado y con hijos– su único inmueble; carece de otros bienes. Poco después, el donatario se entera de la existencia de un hijo extramatrimonial del donante. Respetuoso de la normativa hereditaria de nuestro Código y dado que la protección de la legítima es de orden público, dicho donatario desea devolver a su hermano el inmueble recibido para que, al fallecimiento de éste, se aplique aquella normativa: que el hijo herede lo que le corresponde. Acude al distracto y queda, a su parecer, todo solucionado. Pero según los antidistractantes (¡perdón por el neologismo!) actuó equivocadamente, volvió a donar y sus propios herederos legitimarios tendrán acción contra el hijo de su hermano, aunque parezca un disparate. ¿Qué otros remedios le quedan? Por supuesto, simular una venta al sobrino, pero eso no deja de ser una simulación, con sus consecuencias patrimoniales, fiscales, éticas, judiciales y hasta económicas (olvidamos decir que el inmueble estaba ubicado en la provincia de Buenos Aires, con una valuación muy alta; hagamos la cuenta del impuesto de sellos, aportes, I. T. I., honorarios, etc.). Advertido de ello y respetuoso de la ley –y de su bolsillo–, deja transcurrir el tiempo y fallece el donante, cuyo hijo, terminada la sucesión, inicia poco después la acción prevista en el Art. 3955. Se allana a la demanda con la esperanza de que no se le impongan las costas, pero el juicio está iniciado y cualquiera sea quien deba pagar las costas, éstas ya se produjeron (tasa de justicia, honorarios y gastos; hagamos también la cuenta), amén de introducir un pleito más en los abarrotados tribunales. El pequeño y vapuleado distracto habría evitado toda esta verdadera enormidad.

Otro caso, desde un punto de vista diferente, pero igualmente ilustrativo, es el contemplado por el Art. 888 del Cód. Civil: “La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor”. Es un típico supuesto de resolución por imperio de la ley. También los Arts. 890 y 891 contemplan idéntica resolución cuando se pierde la cosa objeto de la prestación. En ambos casos sólo se deberán daños e intereses si hubo culpa, asunción de responsabilidad o constitución en mora (Art. 889). De no ser así, nada se debe, o sea que no hay conse-

cuencias onerosas. ¿Deberíamos colegir, por tanto, que la imposibilidad de cumplir la prestación por parte del deudor o la pérdida de la cosa –siempre sin culpa, asunción ni mora– constituye un acto gratuito? Ni onerosidad ni gratuidad, simplemente extinción.

V. El respetablemente célebre artículo 1200 C. C.

Qué sucede, entonces, con la respetabilísima norma del Art. 1200: “Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden, también por mutuo consentimiento, revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza”. En el *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado* (Belluscio-Zannoni, Ed. Astrea, t. 5, págs. 945 y ss.) se consigna una breve pero sumamente didáctica exégesis de esta norma. Comienza haciéndose el distingo entre los tres modos de extinción: la rescisión, la resolución y la revocación. Define al distracto como un acto jurídico bilateral, extintivo de obligaciones, por el cual quedan obligadas las partes a restituirse mutuamente lo que hayan recibido en virtud del acto extinguido y, si el contrato tenía por objeto derechos reales, será necesario, además, cumplir con la tradición y la inscripción. Nada se dice respecto de onerosidad o gratuidad. Tampoco nada se expresa –ni en el texto del 1200 ni en la exégesis– con referencia a que debe tratarse de contratos cuyas consecuencias no estén concluidas, o sea que se encuentren en vías de cumplimiento, tal cual afirman los desacreditadores del distracto. Es más, las palabras “y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido” permiten inferir legítimamente que cualesquiera fueren los contratos, de ejecución instantánea o diferida, concluidos o no, se encuadran en ese artículo. La compraventa, por ejemplo, transfiere el derecho real de dominio sea que su precio se oble al contado o se difiera sujeto a plazo.

Cuando existe esta restitución en virtud del distracto de una donación, el restituyente (donatario) carece totalmente de *animus donandi*, la causa de la extinción es la posible observabilidad de su título de propiedad o el mero deseo de cumplir con la ley, como vimos en la hipótesis antes relatada. No se nos escapa que el Art. 1139, al definir los contratos a título gratuito, dice que lo son “cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte”. Pero en el distracto no hay un nuevo contrato, sino, precisamene, la extinción del celebrado anteriormente. De todas maneras, si a pesar de lo dichouviésemos que encerrarnos indefectiblemente en considerar la clasificación dual (título gratuito u oneroso), preferiríamos calificar el acto como ‘neutro’ (ver Spota, *Contratos I*, pág. 152, Depalma, 1978), es decir, dentro de aquellos contratos que no pueden calificarse ni de onerosos ni de gratuitos.

Indudablemente, los argumentos de quienes postulan la ineficacia del distracto son parcialmente atendibles. Si fuera posible resumirlos en dos frases, serían las siguientes: a) sólo se pueden rescindir por mutuo acuerdo los contratos no concluidos, no los que “ya fueron”; y b) la rescisión de una donación (por aplicación del Art. 1200) implica una nueva donación. En cuanto a lo se-

ñalado en a), hemos tratado de demostrar que se trata de afirmaciones doctrinarias –atendibles, insisto, pero controvertibles– que no tienen estricta fundamentación en la letra de dicho artículo (*ubi lex nec distinguit...*). Con referencia a lo indicado en b), también hemos consignado nuestro pensamiento opuesto y, ampliándolo, profundizaremos la norma contenida en el Art. 1837: “Cuando la donación es sin cargo, el donatario está obligado a prestar alimentos al donante que no tuviese medios de subsistencia, pero puede librarse de esta obligación devolviendo los bienes donados, o el valor de ellos si los hubiere enajenado”. Por supuesto, nadie se ha atrevido a afirmar que esta ‘devolución’ signifique una nueva donación. Pero ¿por qué?, ¿sólo porque está prevista en la ley?, ¿no hay, acaso, una nueva transmisión de lo que se ha recibido en donación?, ¿a qué título –oneroso o gratuito–? También es la ley –Art. 1200– la que prevé la posibilidad, por mutuo consentimiento, de la extinción de las obligaciones o la revocación de los contratos. Vélez ejemplifica en su nota, en cuanto a la revocación en los casos en que la ley autorice: “si el contrato es hecho por un incapaz, por violencia, dolo, etcétera, y en tal caso el contrato se juzga no haber tenido lugar”. ¿Tan inadecuado parece incluir en ese ‘etcétera’ los supuestos de que el contrato pueda tener como consecuencia nada menos que la reivindicación (letra estricta del 3955), o sea, el despojo liso y llano del dominio no sólo al donatario no forzoso, sino a sus sucesores singulares o universales? ¿En qué mejor situación se encuentran éstos –desde el punto de vista jurídico-patrimonial– que quienes adquirieron a un incapaz o con algún vicio del consentimiento? En cuanto a sus consecuencias finales, ¿en qué se diferencia la nulidad de la reivindicación? Al conceder esta acción a los herederos legitimarios del donante, la norma –interpretada a la letra, insistimos– pareciera prohibir la donación a personas no herederas forzosas cuando existe la posibilidad de que se accione contra ellas. Como se ve, son muchos los interrogantes, y no excesivamente claras las respuestas.

VI. Un llamado a la concordancia y a la eficacia

Se podrá, o no, estar de acuerdo con lo expresado en esta líneas, ya que la materia –como tantas en el Derecho– es sumamente opinable. Lo que resulta difícil de aceptar es la saña con que algunos autores atacan las posibles soluciones para tan grave problema sin, a su vez, en la mayoría de los casos, plantear otras soluciones verosímiles y legítimas. Con toda humildad creemos que la autonomía de la voluntad, el llamado “principio de conservación del contrato” (*in dubio pro acto*), la misma teoría de la apariencia jurídica y la realidad acuciante antes apuntadas deberían ser motores para conceder con amplitud factibilidades eficaces, éstas u otras, pero eficaces.

VII. Algunas posibilidades

De *lege ferenda* y para concluir del todo con la temática y sus consecuencias, sería más que deseable la derogación¹ o, al menos, la modificación del Art.

3955 suprimiendo la palabra ‘reivindicación’ y quedando la norma restringida a la acción personal de reducción, confiriendo a los sucesivos adquirentes la protección del Art. 1051.

Consideramos que el notariado, con el apoyo de los directamente más interesados –entidades gubernamentales y privadas de bien público–, debería promover la consiguiente reforma ante el Poder Legislativo. En tanto, no tiremos piedras sobre nuestro propio tejado; por más pulidas, brillantes y presumiblemente ideales que fueren, son piedras. Y el tejado es del todo inocente.

(1) Ver Editorial de *Rev. del Not.* N° 854, 1998.