

## Nota a fallo

El distracto de la donación \*

Por **Augusto C. Belluscio**

### Sumario

I. El caso resuelto. II. Los términos del distracto y la objeción notarial. III. Las sentencias. IV. El artículo 1200 del Código Civil. V. ¿Cómo debe interpretarse el artículo 1200? VI. La decisión comentada.

#### I. El caso resuelto

Dos personas eran condóminos de un departamento sito en esta Capital Federal. Una de ellas donó a la otra el 50% indiviso, mas con posterioridad acordaron “revocar” esa donación en los términos del art. 1200 del Código Civil. Tiempo más tarde otorgaron boleto de compraventa de la unidad en favor de un tercero. Este último, amparándose en una observación notarial, consideró que el título de los promitentes de venta no era perfecto y, por ello, demandó la “rescisión” del boleto de compraventa y la restitución de lo pagado en concepto de seña. A su vez, los demandados reconvinieron reclamando su cumplimiento, es decir, el pago del saldo de precio y la escrituración.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda y acogió la reconvencción con sólo una modificación accesoria relativa a los intereses, que no altera el fondo de la cuestión debatida, consistente en la eficacia jurídica del distracto de la donación.

#### II. Los términos del distracto y la objeción notarial

En la escritura de distracto, los contratantes manifestaron que su intención había sido la de que la donataria se beneficiara por el incremento de su

---

\* Publicado en *La Ley* del 28/9/2006.

patrimonio y la posibilidad de disponer libremente del bien, pero que posteriormente advirtieron que, según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, la donación de inmueble a quien no es hijo del donante genera un título observable o imperfecto en razón de la acción reivindicatoria (sic) concedida a los legitimarios en caso de ser inoficiosa la donación, y que esa situación motivaba en la práctica el impedimento de disponer del bien, afectando su libre circulación. Agregaron que no existía otra manera de subsanar la observabilidad del vicio, y que el haberse visto desvirtuada la finalidad perseguida y la falta de causa –considerando como tal al propósito de beneficiar a la donataria permitiéndole disponer libremente del bien– motivaban la invalidez del contrato, la cual era consentida por ambas partes sin que existiesen terceros que pudieran ver afectados sus derechos. Por ello resolvieron revocar el contrato de donación en los términos del art. 1200 del Código Civil y la restitución por la donataria al donante de la parte indivisa donada, retrotrayendo la situación a la existente antes de la celebración del contrato de donación.

En cuanto a la objeción formulada por el notario que efectuó el estudio de títulos previo al otorgamiento de la escritura de compraventa, consistió en que el título resultaba observable porque la mencionada disposición legal sólo permite extinguir las obligaciones creadas por el contrato pero no el contrato mismo, dado que las prestaciones de ambas partes estaban agotadas.

### III. Las sentencias

La sentencia de primera instancia afirmó que el distracto no constituía una nueva donación sino la decisión de las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, de retirar los derechos reales que se habían transferido, con lo que había desaparecido la eventual posibilidad de ejercicio de la acción de reducción. Por ello rechazó la demanda.

Por su parte, el voto que fundó la decisión de la Cámara partió de la base de identificar rescisión bilateral con distracto, admisible porque el acuerdo de voluntades puede crear un vínculo jurídico pero también extinguirlo o aniquilarlo. Reconoció, pues, a las partes, la facultad de extinguir el contrato retroactivamente, con obligación de restituirse mutuamente lo recibido, o de hacerlo para el futuro, quedando firmes los efectos ya producidos; en cuanto a la primera alternativa, sostuvo que no podría perjudicar los derechos adquiridos ínterin por terceros.

En cuanto al encuadramiento jurídico del tema, partió de la base de la última parte del art. 1200, que autoriza a las partes a revocar los contratos por mutuo consentimiento “por las causas que la ley autoriza”, y juzgó que entre esas causas se halla la inexistencia de causa fuente y la frustración de la causa fin determinante, admitiendo que las manifestaciones de las partes en la escritura de distracto daban cuenta de la existencia de motivos suficientes para considerar extinguida a la donación en los términos del artículo citado. Diferenció la invalidez, siempre contemporánea con la formación del acto, y la ineficacia, que presupone negocios válidos y perfectos pero cuyas consecuencias no se dan o se malogran en todo o en parte, de fuente exógena o intrín-

seca, que viene desde afuera en razón de factores que inciden en el desenvolvimiento normal del acto. Admitió, pues, que se había producido la frustración del fin del contrato, por lo que confirmó en este aspecto la decisión de primera instancia al considerar que el distracto había dejado sin efecto desde su origen (*ex tunc*) la liberalidad originaria.

#### IV. El artículo 1200 del Código Civil

Fuerza es reconocer que la redacción del art. 1200 no es feliz, y que el codificador se confundió tanto en su redacción como en las ideas expresadas en su nota.

Recuérdese su texto: “*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 un orden de exposición más lógico, autoriza a quienes han otorgado un contrato a dejarlo sin efecto, extinguir las obligaciones mediante él creadas y retirar los derechos reales transferidos. Sin embargo, diferencia entre la extinción de obligaciones y derechos reales, a lo que no pone límites, y la revocación del contrato, que literalmente sólo admite cuando existen causas legales y a la cual en la nota asigna efecto retroactivo, es decir, considerar como si el contrato nunca se hubiera celebrado.

En primer lugar, el error terminológico es evidente aunque pueda ser justificado por el estado de evolución del vocabulario jurídico en la época de redacción del Código, pues la revocación es siempre un acto unilateral, en el cual la extinción del contrato se produce por voluntad de una de las partes, que retrae su voluntad originaria<sup>1</sup>. La revocación puede ser incausada, como en el caso del mandato (art. 1970), o limitada a la existencia de causas legales, como en la donación (arts. 1848 y sigtes.). En cambio, lo previsto en el artículo en cuestión es el distracto —que según el concepto que se tenga de contrato puede ser considerado como tal o simplemente como un acto jurídico bilateral—, acuerdo mediante el cual se deja sin efecto un contrato anterior, el cual en definitiva constituye una aplicación del principio de autonomía de la voluntad contractual, ya que quienes pueden formar el contrato (*consensus*) pueden también deshacerlo (*contrarius consensus* o *mutuus disensus*)<sup>2</sup>.

En segundo término, media una clara confusión conceptual, ya que no se comprende bien la diferencia entre dejar sin efecto el contrato y extinguir las obligaciones y derechos reales creados por ellos. Por lo demás, es inimaginable cómo podrían extinguirse las obligaciones creadas y retirar los derechos reales transferidos sin disolver el contrato.

De ahí que haya merecido la crítica de la doctrina a partir de los primeros comentadores del Código, aun cuando en algunos de ellos también mediase

(1) Lavalle Cobo, Jorge E., en Belluscio-Zannoni, *Código Civil comentado*, t. V, art. 1200, § 4.

(2) Spota, Alberto G., *Contratos*, vol. III, n° 653; López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos, Parte general*, § 34, III, 1, a; Lavalle Cobo, ob. y lug. cit. en nota 1, § 5.

imprecisión terminológica. Ya Segovia señalaba que la extinción de las obligaciones creadas por los contratos se denomina *distracto*<sup>3</sup>, que la segunda parte del artículo debió decir “anular o rescindir, o pedir la anulación, rescisión o resolución”, y que la frase “por mutuo consentimiento” carece de sentido y está de más<sup>4</sup>. Por su parte, Machado observaba que “hay inexactitud en la expresión de que pueden revocarlo por mutuo consentimiento, por las causas que la ley autoriza, pues si la ley permite la revocación, no es el mutuo consentimiento el que se necesita, basta la voluntad de la parte que pueda alegar la nulidad”<sup>5</sup>.

Entre los autores del siglo XX, Salvat manifestó su desacuerdo con la idea del codificador que se expresó en el texto del artículo y se *explayó* en la nota respectiva de que la “revocación” debiese fundarse en causas de nulidad, señalando que las causas legales de revocación existen cuando la ley autoriza a una de las partes para romper o extinguir el contrato por su sola voluntad<sup>6</sup>. Y, ya sin ambages, Spota censuró el artículo “por su pésima redacción”, al considerar inconcebible que las partes puedan “retirar” los derechos reales de común acuerdo, pues para que ellos se extingan deben cumplirse los requisitos que la ley establece para su constitución o traspaso, esto es, si se trata de inmuebles, la escritura pública, la tradición y, para que valgan frente a terceros, la inscripción registral<sup>7</sup>.

Para salir del embrollo, es preciso recordar que la fuente del art. 1200 es el art. 1134 del Cód. Civil francés, cuyo segundo párrafo expresa que las convenciones “*sólo pueden ser revocadas por el consentimiento mutuo* (de quienes las hicieron), *o por las causas que la ley autoriza*”. Se trata de dos supuestos diferentes de extinción del contrato: uno bilateral, el mutuo disenso; el otro unilateral, derivado de la sola voluntad de una de las partes, pero que sólo cabe cuando la ley lo autoriza, como el depósito por voluntad del depositante, el mandato por la del mandante, etc.<sup>8</sup>. Es decir, para la terminología francesa, rescisión amigable y rescisión por voluntad unilateral<sup>9</sup>; para nosotros, *distracto* y revocación.

Ahora bien, el codificador alteró el modelo suprimiendo la conjunción “o”, con lo que convirtió los dos supuestos en uno solo. Y no lo hizo inconscientemente, sino que en la nota se *explayó* en el razonamiento de por qué procedía de ese modo, al expresar: “*Nada hay más inexacto que decir, como dice el art. 1134 del Código Francés, que las partes pueden revocar los contratos por mutuo*

(3) Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, 1881, t. I, nota 122 al art. 1201 de su numeración.

(4) Segovia, ob. cit. en nota anterior, nota 123 al art. 1201 de su numeración.

(5) Olegario Machado, José, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, 1915, t. III, nota al art. 1200, p. 532.

(6) Salvat, Raymundo M., *Fuentes de las obligaciones*, t. I, n° 260.

(7) Spota, ob. y lug. cits. en nota 2.

(8) Marty, Gabriel y Raynaud, Pierre, *Droit Civil*, t. II, vol. I, *Les obligations*, n° 223.

(9) Boyer, Louis, *Contrats et conventions*, París, 1993, en *Encyclopédie juridique Dalloz. Répertoire de droit civil*, núms. 348 y siguientes.

*consentimiento, o por las causas que la ley autorice. Revocar un contrato significaría en términos jurídicos aniquilarlo retroactivamente, de modo que se juzgase que nunca había sido hecho; y ciertamente que el consentimiento de las partes no puede producir este resultado. Las partes pueden extinguir las obligaciones creadas, o retirar los derechos reales que hubiesen transferido, mas no pueden hacer que esas obligaciones y esos derechos no hubiesen existido con todos sus efectos. Pero las partes, decimos, pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento, en los casos que la ley lo autorice: es decir, si el contrato es hecho por un incapaz, por violencia, dolo, etc., y en tal caso el contrato se juzga no haber tenido lugar. La transferencia del dominio, las servidumbres impuestas, si se trata de bienes raíces, todo queda sin efecto alguno como si el contrato no se hubiese celebrado”.*

A lo expuesto por Vélez Sarsfield en la nota cabe replicar, utilizando el mismo lenguaje, que nada hay más inexacto que todo lo que allí expone, y que lo dicho por el art. 1134 del Código francés, por más que no se ajuste a la terminología jurídica actual, es exacto y ha sido debidamente interpretado por la doctrina gala. Revocar un contrato no significa aniquilarlo retroactivamente: en los ejemplos de la revocación del mandato o del depósito, los efectos de la revocación se producen para el futuro. En cuanto al distracto, no existe ningún obstáculo jurídico para que las partes deshagan el contrato con efecto retroactivo; más aún, la extinción de las obligaciones creadas o el “retiro” de los derechos reales son, desde un punto de vista lógico, naturalmente retroactivos. Otra cosa es que la retroactividad, eficaz entre partes, no pueda oponerse a terceros, tales como, en el caso de que en virtud de que por el contrato se hayan creado obligaciones, el cesionario de derechos del acreedor de esas obligaciones, y en el caso de haberse creado derechos reales, el subadquirente de esos mismos derechos o el adquirente de otros derechos que pesen sobre aquéllos, como la hipoteca o la servidumbre. Y, finalmente, la “revocación” por mutuo consentimiento en los casos en que la ley lo autorice es un sinsentido, ya que fuera del art. 1200 no existe disposición alguna que autorice el distracto; los supuestos mencionados en la nota –incapacidad y vicios de la voluntad– no son de distracto sino de nulidad relativa. Si el representante del incapaz, o este mismo después de recobrada la capacidad, o el que sufrió el vicio de la voluntad, acuerdan con la otra parte dejar sin efecto el contrato –cosa que raras veces aviene, diría Cervantes– no es porque la ley lo autorice sino porque dicha parte reconoce la nulidad del acto, pero en esos casos lo normal es la acción de nulidad.

## V. ¿Cómo debe interpretarse el artículo 1200?

Frente a tal cúmulo de errores, hay que preguntarse cuál es la correcta interpretación del art. 1200.

Por supuesto, no es necesario interrogarse sobre si la voluntad del legislador es fuente de interpretación o no lo es; ya se ha repetido hasta el cansancio que el texto se independiza de esa voluntad y que las notas del Código no son ley.

Tampoco cabría sostener que el codificador incurrió en un *lapsus calami*

al suprimir la “o” de la fuente, ya que –como se ha visto– lo hizo conscientemente.

El problema reside entonces en examinar si el intérprete puede efectuar una interpretación correctiva del texto legal que asigne sentido a lo que no lo tiene. Por cierto que por vía de interpretación no cabría sostener lo contrario de lo que la ley establece ni una cosa diferente de ello. Pero si la norma presenta un supuesto fáctica o jurídicamente imposible, algún sentido hay que asignarle; y, en el caso, ese sentido no puede ser sino aquel en el cual coinciden el precedente, la lógica y la aplicación armónica de los principios que en el Código rigen la materia. En efecto, si el art. 1200 no existiera bastaría con la regla del art. 19 de la Constitución, que veda privar de lo que la ley no prohíbe y con el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1197 para admitir que las partes pueden disolver de mutuo acuerdo el contrato que han celebrado; pues no hay disposición que prohíba hacerlo y lo que los contratantes decidan en ese sentido es *para las partes* el equivalente de la ley misma. No es posible aceptar que una disposición carente de sentido impida hacer lo que sería jurídicamente viable si ella no existiera. Aclaremos, por último: con efectos *para las partes*, porque como reiteradamente dice el Código: los contratos no pueden perjudicar a terceros (art. 1195 *in fine*) y los contratos no pueden oponerse a terceros (art. 1199), en este caso a los terceros que adquirieron derechos en virtud del contrato que se deja sin efecto.

La conclusión es unívoca. Los contratantes pueden dejar retroactivamente sin efecto el contrato por mutuo acuerdo –la retroactividad de la extinción de los derechos personales y reales creados por el acuerdo primigenio es evidente–, pero esa decisión no puede afectar los derechos personales adquiridos por terceros en el tiempo que medió entre el contrato y su disolución ni los derechos reales adquiridos entre el contrato y la inscripción registral de esa disolución. Así lo ha reconocido siempre la doctrina <sup>10</sup>.

La expuesta es, por otra parte, la proposición de reforma contenida en el art. 937 del proyecto de 1993 (“*Las partes podrán rescindir por mutuo consentimiento los contratos que hubiesen celebrado entre ellas. Los efectos de la rescisión obrarán para el futuro, salvo pacto en contrario, si lo consintiere la naturaleza del contrato, quedando a salvo los derechos de terceros*”) y en el art. 1040 del proyecto de 1999 (“*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*”).

Restaría examinar si esas conclusiones son aplicables al contrato de donación tanto como al de compraventa. Del régimen de sucesión *mortis causa*

(10) Machado, ob. cit., pp. 531-33, texto, aunque niega la retroactividad; Llerena, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 3ª ed., Buenos Aires, 1931, t. IV, art. 1200, núms. 1 y 2; Salvat, ob. cit., n° 261; Spota, ob. y lug. cit.; Cifuentes, Santos, *Código Civil comentado y anotado*, t. II, Buenos Aires, 2003, art. 1200, p. 69.

no deriva ningún obstáculo para ello, pues, con la salvedad de que quedan resguardados los derechos personales y reales que terceros hubieran adquirido del donatario, no se produce ningún perjuicio para los demás terceros. Los eventuales herederos del donatario no tienen derecho de impedir las disposiciones patrimoniales de éste en tanto no sean legitimarios que impugnen una donación inoficiosa, lo que no ocurre en el caso, y los del donante pueden resultar beneficiados en lugar de perjudicados pues si la donación hubiera sido inoficiosa no tendrían necesidad de impugnarla.

## VI. La decisión comentada

La sentencia anotada llega a la misma conclusión, esto es, a la eficacia retroactiva del distracto de la donación, por un camino diferente. Sin discutir los términos en que resultó redactado el art. 1200, juzga que no existió causa fuente y que se frustró la causa fin, con lo que se presentaría un supuesto en que la ley autoriza el distracto. Por mi parte, considero que no es así, ya que la causa fuente había sido la intención liberal y la causa fin no podía ser otra que convertir al donatario en dueño de la cosa donada, independiente de avatares posteriores.

No obstante, la conclusión es acertada y no sólo se adecua a las normas jurídicas que rigen el caso sino también a las necesidades de la realidad negocial, que no pueden ser desconocidas y que justifican los beneficios resultantes del reintegro al mercado de un bien que había quedado en la práctica indisponible como consecuencia de su eventual sujeción a una acción de reducción.