

## **A MODO DE COMENTARIO**

# **Acerca del distracto**

*Con la autorización del Dr. Fernando J. López de Zavalía, reproducimos su carta recibida a propósito del estudio titulado "El Distracto", del Notario Gastón R. di Castelnuovo, publicado en REVISTA NOTARIAL N° 919.*

*La jerarquizada opinión que ahora difundimos, nos parece de extraordinaria importancia por su vinculación con la calificación de títulos emanados de donación, cuestión sobre la cual, parecería que las opiniones dominantes son contrarias, según la jurisdicción en la que se plantee.*

*Pensamos fundamentalmente en el requirente, verdadero destinatario de nuestros desvelos, que pretende alcanzar el "bendito" título perfecto y a quien podríamos imaginar en esta curiosa situación: le donó su tío en la Provincia de Buenos Aires; le obligaron a distraer en la Capital Federal para tomar un crédito hipotecario y debería ahora distraer el distracto capitalino para poder vender, ya de vuelta en la Provincia.*

Buenos Aires, Junio 1 de 1997.

Al Sr. Escribano  
Gastón R. di Castelnuovo

De mi mayor consideración:

He leído con deleite sus dos monografías que tuviera a bien hacerme llegar: "Donación a terceros" y "El distracto - Medio inadecuado para bonificar títulos que emanan de una donación".

Lo del "deleite" va no sólo por la profundidad jurídica de los desarrollos, sino también por el estilo que emplea, al entremezclar la ironía con la seriedad de los temas.

Permítame que mis comentarios vayan en un estilo análogo, sin pretender alcanzar la altura del suyo.

No llegaré a decir que estoy en un todo de acuerdo con Ud., porque, aunque lo estuviera, no lo expresaría, ya que siempre sería posible que no hubiera sopesado suficientemente alguna frase y creyera coincidir donde en realidad disintiera. Y si encontrara que en algo disiento, trepidaría en manifestarlo sin una concienzuda y larga reflexión, pues sería de temer que Ud. me replicara, dejándome inmovilizado, por la vía de invocar algún pasaje, perdido ya en mi memoria, de lo tanto que llevo escrito. Sólo puede estar seguro de no autocontradecirse quien jamás escribió nada. De Sócrates se ha llegado a afirmar que algo escribió, pero como no han quedado vestigios de ello, nadie podrá enrostrarle que se autocontradijera, al serle imposible demostrarlo con prueba instrumental emanada de él.

## I. LA TERMINOLOGIA

Le confieso que lo primero que me llamó la atención es el título de su monografía: "Donación a terceros".

Doy por sentado que esa ha de ser la denominación usual, con la cual, presumo, se quiere hacer referencia a las donaciones hechas a quienes no son herederos forzosos. Personalmente no me agrada, porque una donación inmobiliaria a tercero (en sentido técnico) se presenta cuando se acude al mecanismo de la estipulación a favor de tercero (Art. 504), pero evidentemente no es ese el caso que les preocupa (que ha de ser casi

de gabinete), sino el de las donaciones *directas*, a través de un contrato de donación, donde el donatario, lejos de ser un tercero, es parte.

Pero como las palabras son ruidos, aceptemos la denominación, aunque parece menos equívoca la de “donaciones a extraños” que –si no me equivoco– por allí, Ud. desliza.

Por lo demás, sospecho que Ud. suprimiría toda calificación limitante, ya que observa que la distinción entre donaciones a herederos forzosos y donaciones a terceros no surge de la Ley. Es una sospecha con alto grado de dar en la tecla, porque al titular su monografía sobre el distracto, pone lo de “bonificar títulos que emanan de una donación”, sin aclarar de qué clase de donaciones se trata. Por vía de suprimir palabras, quizás en un posterior trabajo, prescinda de lo de “bonificar”, ya que en definitiva no cree que se bonifique nada, y más bien sostiene que (valga el neologismo) se “malifica”.

## II. LA BONIFICACION

Echando sobre Ud. toda la culpa de las afirmaciones (pues no quiero pelearme con ningún notario), veo que se ha acudido a dos formas de “bonificar”, a las que me permito calificar de “preventiva” y de “correctora”.

### 1. La bonificación “preventiva”.

La preventiva consiste en que, directamente, para dar un título “perfecto” *ab initio*, lo que es donación se disfraza como venta.

Como pretensión del donatario, me parece excesiva. Suponiendo que haya una “imperfección”, a caballo regalado no se le miran los dientes, ni por decir que los tiene perfectos dejarán de estar carcomidos.

Si la sugerencia parte de la bonhomía del notario, bueno será que explique a los contratantes todas las consecuencias que se siguen, atento a que los efectos de una venta no son los de una donación, aspecto que Ud. desarrolla ampliamente. Y no se queje el notario si, tiempo después, vienen los decires que le hacen arder las orejas.

Por allí Ud. informa que la decisión de muchos notarios de superar la “imperfección” ha hecho que, en la práctica, las donaciones hayan desaparecido de los protocolos.

Me acabo de “desasnar”, pues hasta la fecha yo creía que la real razón histórica residió en los viejos impuestos a la transmisión gratuita de

bienes, a través de los cuales los respectivos fiscos se erigían en una suerte de donatarios, o, en el caso de las transmisiones *mortis causa*, en una suerte de legatarios (llevándose algo más que una astilla del cajón del difunto). Bajo el viejo régimen del Código de VÉLEZ, examinando algunas sucesiones en que concurrían muchos hijos, llegué a la conclusión de que el único hijo matrimonial era el Estado, en atención a la parte que se llevaba.

Pero sea por una razón o por otra (o por ambas juntas) debo tener por cierto (atento a la calidad de la fuente informadora) que las donaciones, en la práctica, han desaparecido de los protocolos y que las que todavía se ven son aplicación de aquello de que “la excepción confirma la regla”.

En los años dorados de mi adolescencia, leí un libro donde se afirmaba que en Esparta no era castigado el robo, sino el dejarse descubrir, contándose, en apoyo de la tesis, el heroísmo de aquel joven que habiendo robado un ganso que ocultó bajo su ropa, al ser interceptado, se dejó comer las entrañas por el ave antes que revelar la sustracción. No sé qué habrá de cierto en el relato, ni en la interpretación jurídica y, dados los años transcurridos desde que lo leí, tampoco puedo garantizar la exactitud de la cita. De ser correcta, estimo que más admirable que la actitud espartana del ladrón del caso, fue la complicidad del ganso que no hizo ningún ruido o movimiento para delatarlo y, silenciosamente, con una voracidad que no me imaginaba para la especie, se dedicó a deglutir al joven.

Recuerdo el cuento, porque, esa escritura de bonificación “preventiva” es un acto simulado: bajo el ropaje del aparente, queda oculto el ganso, pues lo es el acto real que puede llegar a comerse las entrañas de los intervinientes.

Un duende que me circunda, no llegaré a decir el cerebro (pues quizás no lo tenga) pero, por lo menos, el cerebelo, se ha atrevido a preguntar: ¿quedan en el protocolo muchas ventas “reales”? Advirtiendo el peligro de la pregunta, pues –por lo visto– cabe separar tres clases de ventas, según sean ventas que encubren donaciones, o ventas que encubren ventas por un precio distinto, o bien ventas sinceras en todos los aspectos, le he pedido al duende que no insista.

## 2. La bonificación “correctora”

La correctora se manifiesta *ex post facto*.

Primus, por un acto sincero donó un inmueble a Secundus. Secundus se dispone a venderlo a Tertius y como éste quiere un título “perfecto”,

alguien les aconseja dejar sin efecto la donación (acudiendo a un distracto) y que sea Primus quien venda a Tertius, recibiendo el dinero Secundus, sea directamente de Tertius, sea indirectamente a través de Primus.

Es contra esta operativa que Ud. dirige sus dardos, afirmando –entre otras cosas– que, en el caso, no cabe un distracto y que lo que así se pretende denominar, es un ente distinto.

### III. LA TRAGEDIA DE LOS JURISTAS

¿Fue Arquímedes el que dijo “dadme una palanca y un punto de apoyo y levantaré al mundo”?

De serlo, ha de mirar con lástima a los profesionales del Derecho. Nosotros nos movemos en un terreno pantanoso, donde encontrar una roca sólida es harto difícil.

Nada de sólido, sino más bien de gelatinoso, tiene el punto de partida de los problemas que ha enfocado. Como bien lo recuerda, el Art. 3955 ha sido objeto de interpretaciones encontradas. Al parecer, los dos coincidimos en una interpretación determinada, pero como ninguno de los dos goza de la infalibilidad pontificia, la cuestión urticante sigue como estaba antes de que habláramos y habrá que ver, cuando se desencadene el litigio, qué es lo que pasa, sin poder pronosticar nada de seguro, en la plena conciencia de que bien puede acontecer que en la causa “A” diga una cosa el juez bonaerense, y en la causa “B” otra distinta el juez neuquino.

Entre paréntesis, advierto que, por allí, cita un plenario. Siempre he sentido una suerte de alergia hacia los plenarios que –cualquiera que sea su obligatoriedad– no pueden pretenderla más allá de la jurisdicción respectiva.

Suponiéndolos obligatorios, no son la ley común de la Nación. Por lo demás, aún en geografía reducida, lo de la obligatoriedad es materia a discutirse (¿quid, v.g. del Art. 3 del título Preliminar del Código de Comercio?), y todavía está de por medio la curiosa tesis de la “prescripción” extintiva de los plenarios, que habrá que ver cómo funciona en las distintas jurisdicciones, aparte de que, desde entonces a la fecha, ¡corrió tanta agua bajo el puente y experimentó tantas modificaciones el Código Civil! Por vía de ejemplo, ese duende que me ronda el cerebelo, con malicia me acaba de mostrar el Art. 1051 con una redacción que no existía a la fecha del plenario “Escary c/Pietranera”.

## IV. LA CONCEPTUALIZACION DEL DISTRACTO

En la monografía respectiva, Ud. se adentra en un interesantísimo tema, que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿hasta qué oportunidad es posible que un contrato sea borrado de la escena jurídica mediante la emanación de un segundo negocio que merezca ser calificado como “distracto”?

Antes de seguir adelante quiero dejar aclarado eso de “borrar” de la escena jurídica. Ese “borrar” no equivale a un “sobre raspado Vale” que tiene el sentido de que lo raspado nunca valió. El distracto es un borrar para el futuro.

*1. El futuro disponible*

Con ello quiero significar que, cuanto más adelantado esté el curso de los efectos, menor será el sector del futuro que quede a disposición del distracto, hasta que llegue un momento en el que, absorbido todo el pasado por el contrato anterior, nada quede susceptible de distracto. Para dar un ejemplo, si suponemos un contrato de locación de inmueble, totalmente cumplido, vencido el término y operada ya la restitución de la cosa al locador, con cuentas totalmente saldadas de común acuerdo, no parece imaginable un distracto de locación pues ya nada queda en el futuro susceptible de ser su objeto. El distracto de lo extinguido es la contracara de la promesa de cosa inexistente (Art. 1172).

Mientras algo quede en el futuro, es imaginable un distracto. Pero como la idea del distracto exige que en el futuro todo quede como era en el inicio, resulta que en múltiples situaciones, el consentimiento solo, sin suponer una ayuda adicional, será impotente para alcanzar ese futuro. Para dar un ejemplo concreto, si estamos a la letra del Art. 1200, por mutuo consentimiento pueden extinguirse las obligaciones y “retirarse los derechos reales que se hubiesen transferido”, pero para que el titular originario los recupere habrá que ajustarse a la doctrina de los Arts. 577 y 3265, con el aditamento (si se trata de inmuebles) de la del Art. 2505.

Como no es mi propósito complicarme con cuestiones de palabras (ni tampoco enredarme en tenebrosos laberintos conceptuales), no voy a negar que, incluso habiendo traslación de dominio, pueda hablarse de distracto, pues si así fuera, tendría que concluir en su imposibilidad para el contrato oneroso de renta vitalicia, cuyo capital sea un inmueble, por hipótesis trasladado constitutivamente, al ser, el de la especie, un contrato real. Simplemente, quiero recordar que:

a) O se sostiene –en este caso– que al distracto deben adicionarse otro u otros actos;

b) O bien, distinguiendo entre el contrato y las relaciones jurídicas:

- se llama “distracto” al conjunto de actos idóneos para extinguir el contrato (como normación), es decir para “derogar” el contrato;

- llamándose también “distracto” a ese conjunto de actos se admite que –respecto a las relaciones concretas– ese distracto tiene, en parte, efectos liberatorios y en parte, retraslativos.

### 2. *La magnitud del futuro disponible.*

Ubicados ya en esta pendiente de dar al distracto las máximas posibilidades de actuación, mientras **algo** quede en el futuro, cabe preguntar: ¿basta con cualquier “algo”? Sírvanos de ejemplo la compraventa, donde después de cumplidas las obligaciones principales, quedan –normalmente– las garantías de evicción y por vicios redhibitorios.

Como no quiero perderme en honduras que me llevarían a extensas reflexiones, y para conceder el máximo que pueda otorgar a los partidarios de un concepto amplio de distracto, estoy dispuesto a admitir que se siga sosteniendo su posibilidad, bien entendido un distracto configurado de tal modo que no se reduzca al mero consentimiento, ya que para que en el futuro las partes queden en la posición inicial será necesario que haya restituciones.

### 3. *La incidencia sobre el pasado*

Hasta ahora he hablado de borrar “para el futuro”. Y recuérdese (por si se ha pasado por alto) que he distinguido entre extinguir el “contrato” (como normación, es decir, derogando el contrato para el futuro) y extinguir las relaciones.

Cabe preguntarse si es posible un negocio por el cual, de común acuerdo las partes borren el contrato para el pasado. Suele hacerse aquí una distinción según se trate de un borrar *inter partes* o respecto de terceros. Descartemos que la borrarina jurídica tenga eficacia en perjuicio de terceros (doct. Art. 1195 *in fine*). Podemos imaginar que tenga eficacia *inter partes*, aunque con una salvedad: como el pasado, agrade o no, de algún modo fue, esa borrarina tendrá que llenar el pasado con otro contenido; con ésto quiero significar que al negocio del caso, si se lo llama “distracto” tendrá que ser con la salvedad de que hay algo más que un puro

efecto de extinción del contrato, pues será simultáneamente creador de una situación jurídica que ocupe el pasado en reemplazo de la que se quiere hacer desaparecer.

Por vía de ejemplo, tomamos un contrato de compraventa del que se adeude el precio pero habiendo ya quedado cumplida la tradición de la cosa, y limitémonos a conceptuar la eficacia *inter partes* del distracto. Mientras se trate de borrar para el futuro, puedo concebir (llámeselo como se quiera llamar al negocio) que estamos ante una extinción del contrato como normación. Pero si se trata de reemplazar el pasado, ya no se diga que hay mera extinción; el negocio perseguirá **crear** (retroactivamente) otra situación que sirva para explicar el hecho indudable de que el comprador tuvo la cosa. Si retroactivamente se quiere decir que el comprador no tuvo la cosa como tal, habrá que dar alguna otra calificación jurídica al hecho de que la tuvo.

#### 4. El tema de las donaciones

No se le escapará que, hasta ahora, he ejemplificado con contratos, si no siempre bilaterales (no lo es el de renta vitalicia) por lo menos *onerosos*.

Pero lo que preocupa a los notarios es la donación. No espere (me extendería demasiado) que aborde las donaciones con cargo y remuneratorias. Conténtese con que me quede en el terreno de las donaciones sin especificación ninguna, y –por supuesto– contemplando el caso de la inmobiliaria.

Y, para circunscribir aún más el debate, hagamos el esfuerzo de razonar “como si” fuera cierto que los Arts. 3955 y 1425 tienen el alcance y la fuerza explosiva que algunos pretenden.

Comprendo que es grande el sacrificio que le pido, pues son conocidos los peligros que enfrenta quien pretende razonar desde una concepción que no es la suya (ni tampoco la mía en lo que a esos textos se refiere), pero si se trata de convencer al adversario, hay que intentar el esfuerzo.

Lo que nunca estaría dispuesto (y pienso que Ud. tampoco) es a razonar “como si”, la única forma de donar fuera a través de un contrato de donación. La historia y la actual letra del Art. 1791 nos impiden tan radicalmente esa actitud, que una hipótesis de esa índole es descartable. Una atribución-donación puede hacerse a través de un contrato de donación, como a través de otros actos que no son contrato de donación (v.g.: cesión gratuita de un crédito).



A. ¿Es posible un distracto *antes* de que el donante haya hecho tradición de la cosa? Puesto que es posible una renuncia al crédito por la entrega de la cosa que el donatario tiene contra el donante, *a fortiori* no debe descartarse la posibilidad de un distracto. Y como la renuncia gratuita es una donación-atribución, el mismo carácter tendrá el distracto.

Hasta allí, no aparece el problema del Art. 3955, pues la cosa no salió del patrimonio del donante.

B. Pero demos un paso más y supongamos que el donante ya cumplió transfiriendo la propiedad del inmueble. ¿Es posible un distracto? Ud. contesta que no y muchos lo acompañarán, pero no faltarán quienes, razonando con un concepto amplísimo de distracto, afirmarán que sí, porque por poco que sea, algún futuro queda para ser gobernado por el contrato de donación (v.g.: obligación alimentaria).

En un punto, todos coincidirán: que es posible un segundo acto. La discrepancia se reducirá a la calificación de ese segundo acto: ¿distracto o nuevo contrato de donación en sentido inverso?

Lo que observo es que, para el tema que les preocupa, cualquiera que sea la calificación, el resultado es el mismo.

Si Primus por un contrato de donación transfirió la propiedad a Secundus y luego Secundus, por un segundo acto (califíquesele de distracto o de contrato de donación en sentido inverso) transmite (cumplimiento del modo de por medio) el dominio a Primus:

a) Secundus verifica una atribución-donación a Primus. Nadie lo negará si califica al segundo acto como contrato de donación. Tampoco podrá negarlo si lo califica como distracto. Vuelvo sobre éste en el punto 5.

Quienes vean una “imperfección” en la donación inmobiliaria, tendrán que concluir que la readquisición del dominio que efectúa Primus, está viciada de imperfección. Agazapados, y a la espera, están los herederos forzosos de Secundus.

b) Lo que cabrá preguntar es si *además*, subsiste la “imperfección” de la donación que Primus efectuara a Secundus. Me inclino a pensar que, cualquiera que sea la calificación que se dé al segundo acto, ella desaparece. No concibo una reipersecución que sobreviva al hecho de que la cosa perseguida, fue devuelta reapareciendo donde se pretende que debió permanecer. Si el inmueble (cualquiera que sea la vía empleada, distracto o nuevo contrato de donación en sentido inverso) retornó al patri-

monio del donante, reconstituyéndolo en su estado originario, cesa la razón de ser de la reipersecución.

C. De lo dicho resulta que la operatoria de “bonificación” que Ud. explica, puede tener dos caras:

a) En una de ellas se bonifica, en el sentido de que ya no habrá que temer la acción de los herederos forzosos del donante originario.

b) En la otra se “malifica” en el sentido de que habrá que temer a los herederos forzosos del donatario, puesto ahora en posición de autor de una liberalidad.

## V. EL CARACTER GRATUITO DEL DISTRACTO “BONIFICANTE”

Supongamos un acto totalmente sincero que lo único que persigue es dejar sin efecto una donación anterior, sin que haya ningún Tertius esperando adquirir con título “perfecto”. Si llegamos a la conclusión de que media una atribución-donación, *a fortiori* diremos lo mismo para el distracto “bonificante”.

He aquí que un señor, con una sólida fortuna, dona una casa al sobrino; transcurren cinco años y por esas cosas de la vida, el tío pierde parte de su fortuna y el sobrino que ya ha obtenido un buen pasar le dice: “tío, lo que me diste, quiero devolvértelo”. Y he aquí que un notario les aconseja: acudamos a un distracto.

Desde luego que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son (doct. Art. 1326), pero no entremos en discusiones, y concediendo lo más que podemos conceder, admitamos –por vía hipotética– que eso pueda ser calificado como “distracto”.

Ahora, ocurre que, aunque sea un distracto, ello no implica que el del caso sea un negocio insípido, incoloro e inodoro. De inmediato surge la pregunta: ¿es un acto oneroso o gratuito?

Como el tío nada da, hay que concluir que es un acto gratuito. Partiendo de la base (hipotética) de que sea distracto, puede afirmarse que no es un contrato de donación. Pero de que no sea un contrato de donación no cabe deducir que no haya una liberalidad que se rija, en los aspectos sustantivos, por las reglas de la donación, como se ve del Art. 1789 del que resulta la existencia de liberalidades que son donación sin emerger de un contrato de donación.

---

Del Art. 1791 deriva que media, a través de un distracto (hipotéticamente admitido) una atribución-donación. En efecto: el sobrino del ejemplo, durante todos esos años fue dueño de la casa, por lo que, para que el tío recupere el inmueble, será necesario que el sobrino se lo transmita, con lo que se da la hipótesis del Art. 1791 inc. 8, a contrario.

## VI. LA DOLOROSA ALTERNATIVA

Valga lo expresado para demostrar cómo nos encontramos en una dolorosa alternativa cuando se trata de juzgar la operación de bonificación “correctora”.

Porque, o a esa operación se la conceptúa simulada o se la juzga real.

Si simulada... ¿para qué seguir hablando? La “mancha” de la “imperfección” permanece, tal como estaba. Sólo se habrán creado dificultades para detectarla. Pero la función de un fedatario no puede ser ésta, ni cabe admitir que se haga cómplice de una simulación.

Si real... ¿Se borró con el codo la “mancha” de la donación originaria, y se escribió con la mano la “mancha” de la donación-atribución que contiene el segundo acto!

A esta altura, quizás Ud. se pregunte por qué razono con la alternativa, en lugar de decidirme claramente por ver siempre una simulación, ilícita para colmo de males.

De ser ésta su pregunta, le contesto: no quiero descartar *a priori* ninguna posibilidad, pues me parece que la apreciación sobre si hay o no simulación depende del caso concreto. Con ubicarnos en las dos posibilidades, basta, pues en cualquiera de ellas la intención “bonificante” no alcanza el resultado.

Salúdolo cordialmente.

**Fernando J. López de Zavalía**