

DISTRACTO DE DONACIÓN*

Los muertos que vos matáis
Gozan de buena salud (*Don Juan*).
(*Se non é vero, é ben trovato*)

Era un largo recorrido. Ya sobrepasaba los veinte años. Se había ido formando un camino real con varias manos. Su construcción cerebrada, proyectada, hermoseedada y construida por sus ingenieros –muchos, escribanos aunque otros no– permitía solucionar graves problemas de antiguo arrastre.

Por ese espléndido camino pasaban fanfarrias y diversos cuerpos no armados que de manera periódica celebraban paradas con cada escritura que, aparentemente, salvaba un título y sobremanera ¡salvaba a una o más personas! Portaban a lomo de burro (digo mal, no rebajemos el asunto), sobre empenachadas cureñas, aunque no cañoneras, el arma más perfecta y simple para solucionar aquel problema, grave entre los graves, que derivaba de un *malhadado* (Editorial *RdN* 854) artículo del Código Civil y de una interpretación camarística cercana al centenario de la patria, cuco espantoso, sin distinguos, de cualquier donación.

Por gran parte de la República expandió su fuerza. La seguridad ofrecida pintó una cromática y profunda alegría, tipo arco iris de paz (eso es el arco iris), que rezumaba sobre la adustez de los rostros angustiados de los rogantes y liberó el alma dubitante y penitente de los mismos constructores, los notarios, que lloraban sangre por aquel artículo y dolor cortante por aquel plenario.

¿Cuál es ese artículo descalabrante? ¿Cuál ese plenario que, con una nega-

*Especial para *Revista del Notariado*.

tividad gigantesca, paralizó casi entero un título del propio Código y buscó escape y subterfugio por otros caminos indirectos y ¡oh desbarajuste! *simuladísimo a la vista de todos: venta cuasi vil?* ¿Qué interpretación se le buscó que permitió criticar a fondo aquella norma y pasar por alto ese plenario, pero que no convenció a todos, a punto tal de reiterar afirmativamente los inconvenientes de las dos preguntas?

Apuñalemos rápido: el artículo descalabrante es el 3955 que, “malhadado”, ¡sigue vivo y coleando! (aunque en el Proyecto cambia). El plenario que paralizó las donaciones y desvió hacia la compraventa simulada, *aun con los legitimarios*, muy difícil de engrupir al crudo fisco, fue *Escary c. Pietranera* del cual, dígame lo que se diga, escaparon los notarios, quizá menos sabios en títulos académicos, pero más vitales e inclinados sobre la realidad de las gentes comunes.

La interpretación crítica apuntó hace más de dos décadas en la XVII Jornada Notarial Bonaerense, de Morón, 1973 y se afirmó en la XVI Jornada Notarial de Mendoza, 1976 y, aunque no siempre, en algunas consultas publicadas en *Revista Notarial*, como era lógico, por otro lado, con intención admirable porque, al fin y al cabo, la diversidad no impide la unidad, sino la uniformidad que rechaza diferentes opiniones, cierra caminos a la exploración y que uno pueda ensartarse y cantar la palinodia.

Mientras tanto, dejando de lado las discusiones por sí o por no o por *un quitame allí esas pajas*, hubo un grupo de constructores escribanos que fabricó un camino aceptado por muchos. ¿Cuál fue, por fin, el recurso que fundamentó ese camino, célebre por su solidez y recepción (no *recepcionación*) bastante general que, de ser erróneo, podría aplicársele el brocárdico *error communis facit jus* (el error común crea derecho)?

1. Procesión a la romana

De repente se me cortó el recuerdo y mi ensimismamiento. Yo, Cargat, olvidé decir que me hallaba bajo los pinos de la Chacarita. En ese día gris y nublado, al ser sacudidos por el viento producían la sonatina acostumbrada de ritmo sincopado. Estaba algo lejos de los demás, casi en calidad de espectador, esperando cercano a la capilla el entierro del *Dominus Distractus* que, por eso, quisieron hacerlo parodiando a los romanos.

A lo lejos se veía una cuarentena de personas en procesión. A medida que se acercaban los circunstantes centraban sus comentarios en lo que veían. La sonatina pinaria fue apagándose por los gritos de las plañideras (coro de los distractantes) que, en este momento, estridulaban con los *noenia lessus* (cantos fúnebres). Creí reconocer al *designator* o *dominus funeris*: era *Larius Arditi*, ordenador de la ceremonia y enemigo a “mortadela” del difunto.

Frente a exageradas pretensiones de los compositores, optaron por una música bastante conocida en tiempos infantiles idos, del conde de Marlborough, antecesor de Mr. Churchill. Exactamente con la misma melodía se oían

más claras las palabras aladas, alabadas, azafranadas... ¡Atchás... (un estornudo, perdón)!:

Distracto fue a la guerra	Distracto ha muerto en guerra,
¡Chiribín, chiribín, chin chin!	lo llevan a enterrar.
Distracto fue a la guerra,	Distracto ha muerto en guerra,
quizá cuando vendrá.	Lo llevan a enterrar.
¡Ajajá! ¡Ajajá!	¡Ajajá! ¡Ajajá!
Quizá cuando vendrá...	Lo llevan a enterrar

Eso era lo que estaba sucediendo. ¡Lamentablemente! Los cómicos e histriones bailaban detrás del *designator* y el *arduminus* que representaba al muerto imitaba sus gestos. Familiares, amigos y también enemigos formaban el cortejo juntamente con los esclavos liberados: los donatarios rescindentes o con su problema solucionado de algún modo con el sistema que ahora querían enterrar porque, al parecer, se había quedado sin argumentos.

Algunas coronas de amigos y enemigos, con flores, diademas, entrelazos, cromatizados en los colores primarios: rojo, azul, amarillo (éste disonaba algo... por la envidia), en fin, el arco iris ¿se acuerdan? Varias eran notables y consignaban las iniciales: RING, SCHLOSS, INALT, y otras. También estaban las mías, CRGT (como si fuera gruñido perruno) y mis cuatro engendros, que quisieron estar juntos y produjeron CAPCA, las dos “A” por el dominador Agapito. Si bien toleró no ser inicial nada menos que con la “A”, quiso estar dos veces.

Los contrarios tuvieron tan poca delicadeza y fueron tan atrabiliarios que en cada corona, además de su indicación personal, resaltaron en negro y rojo R. I. P. Cuando entraron en la capilla, el sacerdote, Zam, invocó el perdón del Señor, pidió la gloria de la inmortalidad y quiso consolar a familiares y amigos evocando la figura del *defunctus* a quien no habían podido salvar ni con un remedio tan surrealista como el “Nudes-Dalí”.

En ese momento, memoré lo que Gattari decía sobre esa palabreja compuesta de “de” y del verbo “*fungere*”. El último quiere decir fungir, esto es, cumplir una obra, un cometido, una función. De allí que, quien sea difunto, ha dejado de cumplirla: *non va piú*. Celebrado el responso e insistiendo en la resurrección final, el ministro hisopeó el recipiente corpóreo que, por ser raramente *vitreus*, trasparenteaba la semisonrisa del finadito. Algunos se hicieron cruces cuando les tocó alguna gotita hisopeada... por si acaso.

Reemprendida la marcha y llegados al lugar de la inhumación yo, que estaba cerca de O. S. S., oíle que, remedando al recuperado Galileus, mascullaba entre dientes admirado: ¡¡*Eppur si muove!*! (RdN 201/95). No se terminó de oír esta grave exclamación cuando, sorprendidos al comprobarlo dentro del vítreo recinto, el *dominus funeris*, las plañideras con sus nenias, el *arduminus*, los enemigos y hasta algunos familiares y amigos hicieron mutis violento por el foro desapareciendo *liebaramente* del *loculus*, que no significa *loquito* sino *lugarcillo*.

Me enorgullecí de mis cuatro personajes porque, firmes y decididos, quedaron impertérritos... alegremente sorprendidos por quien suponían resu-

citado... Aunque ¡quién sabe! nunca estuvo fenecido, sino con un porrazo impresionante de literatura contraria con insistentes argumentos, que llenaron importante volumen de páginas y de jurisprudencia nueva. Esto lo dejó desvanecido algún tiempo, como muerto, produciendo una apariencia negativa.

Creo interpretar que ese porrazo le produjo una *capitis diminutio* fenomenal como para que los demás lo hubiésemos creído “resonado”... En ese momento vi al *defunctus Distractus* que, forzando violentamente sus brazos, astillaba el vítreo receptáculo y lo rompía en mil pedazos y astillas...

2. Forum academicum reservatum (Foro académico reservado)

Varios días después de ese extraño acontecimiento estaba mirándome al espejo. Veía un rostro como si fuera tapado por un turbante mal puesto: la vuelta era elíptica; me tomaba desde la mandíbula del mismo lado hacia la oreja derecha, cruzaba a la zurda y me tapaba el ojo “gaucho”. Al principio me costó deglutir y evoqué a mi señor, El Quijote, al cual dieron de comer en alguna oportunidad por medio de un tubo.

Recordé la pesadilla fenomenal y qué me la había cortado, auténticamente cortado. Acontece que muy de vez en cuando, como si fuera lo que me ocurría de niño, el día de la pesadilla me levanté sonámbulo y, de la impresión de ver entre sueños la rebelión de *Distractus* estrellando el vidrio, me estrellé fuerte contra el espejo con tal mala suerte que, al romperlo, me desmayé. Paso por alto dos cosas: el dolor al levantarme y los cuidados médicos, y las carcajadas con que me zahirió la infernal cuadriga cuando les revelé lo sucedido.

Ahora salía para la reunión que íbamos a tener con otros invitados para tratar el tema del soliviantado distracto en un así llamado *forum academicum reservatum*. Seríamos unos diez pero, como en cualquier oportunidad similar, casi siempre hablan los mismos, porque saben o porque les gusta hablar para oírse, mientras los otros a veces se hacen los burros y les agrada callar, o echar una siestita. También era costumbre romana una reunión para recordar al *defunctus*, aunque no era el caso, pero había que conservar las apariencias.

Nos reunimos en el saloncito del Colegio que nos permitieron usar las autoridades en vista de que éramos unos cuantos. Aprovecho aquí para agradecer su gentileza. La condición metodológica que habíamos puesto era seguir la *epojé eidética*: dejar de lado las opiniones conocidas, incluso las propias, y ponernos frente al art. 3955, pero no en abstracto sino en función del nuevo artículo descubierto, el 1139 del Código Civil, tomando en cuenta, eso sí, el triple camino de Werner Goldschmidt: norma, conducta, valor.

Ahora van con las cuatro partes del...

Art. 3955. La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante.

Comenzamos la reunión según lo programado.

3. Distractooooo... unooooo... judicial...

CARGAT. Señores: iniciamos este parágrafo, tipo militar que, en cambio del “cuerpo a tierra”, grita lo que se lee en el acápite y así será en los inmediatos. La cantidad de “oes” no es vana, pues indica la mayor o menor fuerza con que estamos convencidos de las ideas que exponemos y, sobre todo, las del común pensar en cuanto a su firmeza. Puede advertirse que las del distracto judicial –aunque nadie haya hablado aún de él ni oralmente ni por escrito– es fuerte pues alcanza las cinco “oes” redondas y sonoras...

AGAPITO. Señor Presidente: lo interrumpo para lamentar que no puedo decir en voz alta lo que al respecto de “sonoro” dice sobre el inglés mi querido Leopoldo Marechal en *Adán Buenosayres*, creo que en el primer capítulo.

ASININUS. ¿Y si no lo puede decir por qué no se calla la boca?

CARGAT. ¡Esto no comienza muy bien que digamos! Pido a Agapito que, tenga o no la gentileza, inicie este pequeño fuero con seriedad.

AGAPITO. A mí me preocupa que, en cuanto al tema del distracto estudiado por el aburrido señor presidente no sólo en vigilia sino en pesadilla, se puedan formular algunas preguntas como éstas:

- a) ¿El donatario demandado podría allanarse?
- b) ¿El actor podría aceptar dinero u otro bien en compensación?
- c) ¿Es posible sentencia favorable al actor?
- d) Estos tres modos ¿hacen nacer nueva acción de reivindicación?

4. Contestaciones a las preguntas de Agapito

a) *Allanamiento*. ASININUS. La primera pregunta es fácil. La contesto yo y afirmativamente. El donatario demandado puede no querer pelear como aspecto negativo, y positivamente aceptar que a los herederos les asiste el derecho. Para ello puede allanarse.

PRÓCULA. Según el 307 CPCC, el demandado podrá allanarse a la demanda en cualquier estado de la causa anterior a la sentencia. El juez dictará sentencia conforme a derecho. El allanamiento es uno de los modos anormales de terminación del proceso porque es manifestación no de pleito sino de *acuerdo*.

AGAPITO. ¿El actor podría aceptar dinero u otro bien en compensación?

b) *Compensación*. TACIO. Por supu... El derecho del actor es a reivindicar la cosa. Pero puede aceptar una suma de dinero razonable. Y si el donatario ofrece otro bien, compensando el valor del inmueble donado por su causante, lo podría admitir. Es otra manera de allanarse ofreciendo algo a cambio.

PRÓCULA. Tienen ustedes razón. El 2779 dice que en los casos de reivindicación contra *el nuevo poseedor*, el actor puede intentarlo: a) directamente; b) o por acción subsidiaria contra el enajenante o sus herederos por indemnización del daño causado por la enajenación y c) si obtiene completa satisfacción del daño, cesa el derecho de reivindicar la cosa.

c) *Sentencia favorable al actor*. CANUTA. Éste es el caso del 3955. ¡Pestoso 3955! La causa de la trasmisión es reducir para cubrir la legítima. En otros ca-

El inmueble vuelve al dominio de los herederos íntegro, porque no aceptan arreglos, pues el donatario o su sucesor no pueden ofrecer nada.

El dominio se restituye a los herederos del donante por sentencia, según la cual se pierde... *por efecto de los juicios que ordenasen la restitución de una cosa, cuya propiedad no hubiese sido transmitida sino en virtud de un título vicioso* (2610).

AGAPITO. ¿Qué te parece? ¿Absurdo, no? *Juicio que ordena restituir un inmueble transmitido por un título vicioso.* ¡Ajá! ¡Ejé! ¡Iji!

CARGAT. Pido a Agapito que no continúe porque sabemos como sigue.

CARGAT. Resumiendo las contestaciones a tres interrogantes de Agapito:

- a) el donatario puede allanarse voluntariamente a la demanda;
 - b) el legitimario puede cambiar su acción por dinero u otro bien compensando;
 - c) es posible, y así corresponde habiendo legitimarios, sentencia favorable.
- Queda uno último, cuya importancia rescato porque es parte del argumento.

AGAPITO. Pregunto si las tres modalidades hacen nacer nueva acción de reivindicación para el vencido. En el segundo caso, si el legitimario acepta dinero u otro bien, el donatario tiene título perfecto y, en realidad, no se produce el distracto judicial porque el dominio sigue en cabeza del donatario titular (2779, c).

Pero ¿qué pasa en los otros dos casos? Porque, en efecto, si el donatario o su sucesor aun oneroso se *allana*, el 307 del CPCC dice que el juez dicta sentencia conforme a derecho. Impondrá la reducción a favor de los legitimarios por el distracto judicial, restituyendo el dominio de la cosa y, por ende, el distracto registral. En el asiento se deberá consignar por tracto abreviado, ya que los actores lo han sido como herederos forzosos del donante.

En la segunda hipótesis en que, sin allanamiento, el juez dicta sentencia de reducción a favor de los actores, se produce también el distracto judicial.

En los dos casos, ¿nace una acción de reivindicación para los herederos del vencido, es decir, del donatario que se allanó o no se allanó?

ASININUS. En la *primera hipótesis de allanamiento* debería nacer nueva acción de reivindicación para los herederos del allanado porque, en definitiva, el allanamiento no se diferencia mucho de la entrega voluntaria del bien.

PRÓCULA. Asinine, el 307 dice que realizado el allanamiento, el juez dicta sentencia. Entonces hay una sentencia que se impone en un contencioso.

ASININUS. ¡Bah! Un contencioso sospechoso. Los herederos y el demandado se presentan de acuerdo ante el juez quien, en la foja 7, sentencia con dos escritos solos. Eso mismo ¿no lo pueden hacer por escritura? ¡Absurdo! Si lo hacen por escritura notarial, o sea en forma voluntaria, algunos interpretan que como es nueva donación, es reivindicable. Pero si lo hacen en juicio heterónomo, en *total acuerdo*, no se origina nada parecido. ¡Bonitos estamos! ¿No dicen que el contrato es la sentencia que se dictan las partes?

CARGAT. No quiero cortar la cuestión. Los argumentos ya están puestos y no avanzamos. En resumen: la sentencia no es nueva donación, sino reduc-

ción. La escritura de distracto de donación, para algunos, es una nueva donación, duplica la acción de reivindicación. Más fácil: en el juicio, la acción se detiene en el distracto; en lo notarial, nace otra reivindicación para los hijos del donatario.

PRÓCULA. En el *segundo caso* en que el juez dicta sentencia imponiendo la reducción al donatario o a su sucesor aun oneroso, aquélla se detiene en el distracto y allí se acaba la virtualidad de la acción reivindicatoria sin más efectos.

CARGAT. Queda contestada la cuarta pregunta de Agapito: a) en ninguno de los dos modos judiciales tratados la sentencia hace nacer ninguna nueva acción de reivindicación, b) porque termina sus efectos en su propia finalidad: la reducción por distracto judicial, que c) sólo trasciende hacia el distracto registral.

5. Distractooo... doooss... mediación

CARGAT. Trataremos la posibilidad del distracto en la ley 24573 que instituye la mediación y reforma normas procesales. De acuerdo con el art. 1, si los herederos del donatario ponen en vigencia la acción de reivindicación o la reducción, previa al juicio, es obligatoria la mediación. Tiene la palabra Prócula.

PRÓCULA. El mismo art. 1 expresa que el procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Recibido el expediente en mesa general, se procede al sorteo del mediador y a asignar el juzgado que pueda entender en la litis (4).

Si no se arriba a ningún acuerdo, el trámite sigue en el tribunal, hipótesis tratada en el punto anterior. Creo que se contestó en ese caso la cuarta pregunta de Agapito: la sentencia no provoca ninguna acción reivindicatoria nueva ni es posible reiterar una reducción sentenciada. En definitiva: dictada la sentencia, hay que ejecutarla; queda concluida cumpliendo lo que impone.

El procedimiento de mediación, según Gattari en *Abogado, escribano, juez, mediador y registrador* (pág. 224, Depalma, 1998) se rige por tres principios: a) la *existencia de problemas* que se manifiesta en la elusión del contencioso y en la voluntariedad que acepta al mediador y al sistema; b) las *audiencias* ponen en comunicación directa a las partes y a sus letrados con el mediador; rige la confidencialidad que no sale de las oficinas del mediador, salvo autorización; en todo, el mediador debe suscitar la cooperación entre las partes asistidas de sus letrados; c) por último, la *armonización de intereses* aparece en el acuerdo registrado en un documento que firman todos.

AULO. El problema creado por la donación a tercero sería la violación de la legítima de los herederos. De allí derivan las fricciones entre partes que acuden al mediador sorteado para lograr un acuerdo, a fin de solucionarlo.

QUIRINO. Esto se puede conseguir en la inmediatez de las audiencias. Sin ser un asunto judicial, sino prejudicial, se aportan pruebas: el donatario, su título de propiedad, mejoras hechas, etc.; los herederos, la declaratoria que

los exterioriza, y esto aunque no haya nada material, sino el solo derecho a la reducción reivindicatoria. Ella es la que les permite accionar.

AULO. Esto significa que la mediación se establece en los contenciosos, pero no evitan el sucesorio porque en él se debe probar el derecho que asiste a los reivindicantes.

AGAPITO. Más rápido: la donación es un negocio voluntario; la acción es el derecho que le acuerda la ley al heredero forzoso. El primer caso es *ex voluntate* y el segundo, *ex lege*. ¿No es así Carpóforo?

CARPÓFORO. ¡Bene, Agapite! Aplausos... Lo has captado a fondo. La ley pone en las manos del heredero una acción para impugnar un acto que lo deja vacío. Sería el colmo acordar a los acreedores la posibilidad de impugnar una donación que los burla, y como *todavía* no voló del todo la familia que no les inventara algo para los herederos. Ya existe incluso una reacción en pro de la familia: se olvidan de que es la célula de la sociedad. ¡Hay mucha disolución!

Pero vamos lento, hay que abocarse a la mediación.

CARGAT. Me has sacado de la boca que hay que abocarse. Prócula.

PRÓCULA. Celebradas las audiencias, con asistencia letrada obligatoria (11), si no se produce el acuerdo se tramita judicialmente. Si lo hay se labrará acta en los términos de aquél, firmado por mediador, partes y letrados.

El estudio del asunto me ha forzado a imaginar ciertas peripecias no cubiertas por la norma ni por sus reglas. Cuando el donatario debe transmitir a los herederos el bien, se plantean varios asuntos: a) ese acuerdo ¿produce la retransmisión?... b) ¿Se debe enviar al juez para que lo homologue? c) ¿Qué medio se utiliza para producir la transferencia si no van los dos indicados? d) ¿Hay que retrasferir el título íntegro o una proporción?

Por supuesto, como criticó Agapito, no es posible que el acuerdo produzca automáticamente la transmisión, ni podría hacerlo porque incluso ni siquiera hay un soporte legal: tipo de papel, etcétera.

QUIRINO. Luego deberíamos decir... (sigo mi pensamiento y recordando la vieja película de De Sica, me digo ¡*Mirácolo a Milano!*) que debe transferirse... por escritura pública notarial porque no hay intervención directa judicial (1184, 2610) sino *extrajudicial* (art. 1 y ¡oh, el valor de las palabras!) la única manera que queda es precisamente la *scriptura notarialis*.

CARGAT. ¡Parece que los descubrimientos latinizan a los descubridores!

Es cierto lo que dice Quirino. Habla poco, pero descubre bastante... ¡Muy bien!

AGAPITO. ¡Bah! Yo tengo otra y me reservo para cuando llegue el momento. Por ahora no hago la bulla que critico al señor Presidente.

CARGAT. Resumiendo, el acuerdo logrado por las partes, sus letrados y el mediador no retransmiten. Es una obligación en documento privado de libre forma inaceptable para el registro (17801, 3). Tampoco se envía el acuerdo al juez para que lo homologue. Puede hablar Agapito, que está nervioso.

AGAPITO. Y sí, señor Presidente, amigo Cargat. Qué dicen de mi pensamiento: ¿hay que retrasferir el título íntegro o una proporción? Contesto:

UNA PROPORCIÓN. No sé si es un disparate, pero servirá para meditar. El testador tiene un quinto disponible. Tanto en la reducción como en la colación hay que llegar a las donaciones después de distribuido el acervo, si no alcanza.

¿Qué les parece a ustedes? En la hipótesis del causante con un solo bien transmitido por donación, ¿es posible que la acción de reducción deje ese quinto disponible al donatario? ¡Ejem!

Yo creo que sí porque deja los otros 4/5 para los herederos. El art. 3593 es claro: la porción legítima de los hijos es 4/5 de... los bienes que el causante hubiera donado... 3602: Para la legítima se atenderá... al de lo donado a la apertura de la donación (3477)... *No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima (4/5)*... ¿Y? ¡Vengan esos aplausos! (ninguno aplaude).

CARGAT. Mi estimado Agapito. Ya ves el silencio que responde a tu petición más que directa. Yo te aplaudo (lo hace sin gran convicción)... pero nos has dejado apabullados... Esto no lo pensamos...

AGAPITO. ¡ Bueno! Si bien no me aplauden, al menos los apabullo... es algo. Pensaba otra cosa, pero logré sorprenderlos. Con respecto a que no lo pensaron me importa un pepino... para eso estoy argumentando...

CARGAT. La cuarta pregunta: ¿este procedimiento hace nacer alguna acción de reivindicación, de reducción, de colación... ¡Ya no sé lo que me digo!...

QUIRINO. No creo que valga la pena desarrollar muchas de las ideas que sirvieron para el *Distractoooo... unooooo...*

AGAPITO. Presidente, advierto que omite una “o” en ambos casos: O... O...

CARGAT. Queda contestada la cuarta pregunta, por suerte, de modo más corto: a) en la mediación no nace una nueva acción de reivindicación, pero firma la escritura de transmisión del bien el juez si se niega el conciliado... o el conciliado si no se niega. ¿Entendido? ¿Todavía falta más?

AGAPITO. Sí, mi querido autor. Ahora hay que tomar el toro por las astas.

CARGAT. ¿Podríamos ir a ventilarnos un poco al salón Soldi y tomar algún café o una bebida? Para que no hagan problema yo pago... porque sé que el trabajo aflojó y ustedes son muy... muy generosos. (Salen todos un cuarto de hora... también el lector puede tomarlo o tomárselas si se aburrió. Charlan muy animados y los cuatro se confabulan con Cargat para preparar el último acto defunctorio romano que era el *lectisternium*. Como está cercano el acto del 133 aniversario del Colegio de la Ciudad de Buenos Aires, creado en 1866, proponen aprovechar el piscolabis para celebrar la palabra latina, invitando a algunos presentes en las deliberaciones porque Carpóforo cumple 50 años de profesión con su hijo).

6. Distracto por escritura notarial (no hay más “oes”)

CARGAT. (Al volver a la salita). Al menos encontramos nuestras sillas con menos temperatura que cuando las dejamos. Espero que también esta parte de la sesión sea menos templada y más fresca.

No sé si habrán advertido lo que dije al comienzo. El primer distracto, como es evidente que no produce nueva acción, tiene cinco “oes” en afirmación rotunda; el segundo, tiene tres y hubo que probarlo, aunque podría tener muchas más por haber terminado justo... justo... en una escritura por *fas* o por *nefas*. La presente tiene contra manifiesta, según se probó en las grandes coronas...

AGAPITO. Señor Presidente...

CARPÓFORO. Siempre el mismo Agapito... ¡Por favor!

AGAPITO. ¡Es importante lo que tengo que decir! Deberíamos habernos quedado con esas coronas para ver si pudiéramos volverlas...

(Aplausos en tono de sorna de todo el grupo. No silban por el lugar).

CARGAT. Termino... Entramos dentro de la sartén en el fuego, de cuyo mango últimamente intentaremos apoderarnos aunque nos cueste como la pared más vertical del Fitz Roy... Serenarse y argumentar en forma. Con gran temor noto que le toca a Agapito. Querido Aga –como dice Tuttifrutti– no hagas pito.

AGAPITO. Con la venia del señor Presidente. Mis estimados amigos entramos en el distracto notarial al que algunos ponen objeciones. Es probable que muy bien y profundamente argumentadas por lo cual habría que argumentar más fuerte y si fuera necesario a grito pelado...

PRÓCULA. Nunca has presentado un prólogo menos clásico ni más disparatado. Cuánta introducción y ¿qué tiene que ver...?

CARPÓFORO. Señor Presidente, me retiro si no volvemos al tema...

AGAPITO. ¡Bien! Señor Carpóforo, no es para tanto... contigo arreglaré en otra ocasión, mi querida Proculita.

Cito la bibliografía principal de quienes argumentan contra el distracto para que la lea quien quiera desburrarse:

Cristina N. Armella, “*Contrarius consensus* (A propósito de la pretendida bonificación de títulos de donación)”, *RdN* 193/94. Tiene también consultas, una exposición en sesión de la Academia Nacional del Notariado.

Gastón R. di Castelnuovo, “El distracto. Medio inadecuado para bonificar títulos que emanan de una donación (un tema pendiente)”, *RN* 497/94. También en *RN* 415/93. Publicó, asimismo, carta de Fernando López de Zavalía.

Mario Antonio Zinny, *Las desventuras de Bonsenbiente*, Rosario, 1993. El tema, “Perfeccionando un título de donación”.

Los argumentos contrarios fueron sintetizados por Osvaldo S. Solari en “Donaciones a terceros. Algo más en un tema difícil”, *RdN* 197/95; son dos:

a) “la rescisión o distracto sólo puede existir en contratos en ejecución, vale decir, en contratos aún no cumplidos;

b) “si se efectúa el distracto, el donatario que lo consiente, al retractar el dominio, está haciendo otra donación, con lo que el problema en vez de solucionarse se agrava”.

El distracto notarial tiene una contra manifiesta. Basta recordar las grandes coronas. Y no solamente las grandes coronas sino también los estudios y tesis sostenidos con gran firmeza y, a veces, también con ciertas expresiones que,

por ventura, quizá parecerían no tan correctas, por no decir lo contrario, como v. g.: “la desacertada interpretación del art. 3955... la pésima apariencia de esos títulos saneadores... solución tan curiosa...” (RN. 559, 564, 555/94) y una que creo merece aplauso por su redondez afirmativa e idealidad: “Puedo imaginar la sorpresa de Vélez Sársfield ante el ensayo de tanto dislate”. ¡Prosit!

AGAPITO. No sé a qué cuernos viene esto. ¿Nos querés recalentar?

CARGAT. Lejos de mí tal intención. ¡Simplemente lamentarlo! Sigamos.

CARPÓFORO. El problema se plantea entre donante y donatario. Se dice que éste no puede distraer porque no hay obligaciones pendientes. Empero, hay varios efectos en plaza que son perceptibles: a) de presente, muchos bancos y notarios rechazan el título ahora, porque b) de futuro, como no se sabe cuándo se produce el deceso del donante, sus herederos amenazan desde ahora con apretar el percutor, provocando el temor que nace con un título imperfecto.

AGAPITO. Mi amigo Carpóforo me permite introducirme en el tema que todos hemos estudiado en forma tal que cada uno hablará a su turno.

PRÓCULA. Nos manejamos con las tres dimensiones de Werner Goldschmidt: la normológica, la sociológica y la dikelógica, o sea, ley, conducta y justicia; ellas tres ofrecen la solución que creemos es perfecta, solución que consiste en ver el tema desde el trialismo.

AGAPITO. Éste nos ha permitido fundar en forma sólida la práctica que realiza la mayoría, es decir, el distracto, la restitución, la rescisión del contrato que es uno solo con dos pasos: donación el primero y restitución del bien el segundo, fundados en un discurso que consideramos inexpugnable mientras no se demuestre que existe una impugnación mucho más seria que fundarse en la sola ley con una interpretación liviana como es la especular.

CANUTA. A mí me toca el desarrollo de la **dimensión normológica**. Entre todos hemos descubierto una norma civil que hasta ahora no ha sido mentada. El art. 1139: “...los contratos... son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle; son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte.”

PRÓCULA. A mí me compete investigar *la conducta* del grupo interesado respecto de ese título que, por esencia, ofrece sólo ventajas. El donatario: ¿puede vender? Título observable. ¿Puede hipotecar? Ni bancos ni financieras aceptan el título. ¿Al menos puede gozar de su derecho? Sí, mientras no mueran su donante. Fenecido, los herederos tienen derecho a reivindicar. ¿Cuál es, pues, la ventaja que por esencia corresponde al título gratuito, según la ley? “Averígüelo, Vargas”. En apariencia, no habría ninguna. Todos reconocemos la observabilidad.

CARPÓFORO. A mí me corresponde discurrir sobre la situación. Si el título gratuito no ofrece ventajas por la conducta de la sociedad, en especial los que se hallan en contacto con él, Banco Hipotecario, otros bancos, escribanos,

jueces, etc., se ha creado una *laguna en la ley*. El art. 1139, que da como esencia del título gratuito la ventaja, ha quedado totalmente vacío al respecto.

Ahora bien, el Proyecto de Reforma de la Comisión de 1995 expresa:

“903. En los casos en que concurren la disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a contratos son aplicables, en el siguiente orden de prelación:

a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;

b) la autonomía de la voluntad” (que tiene una hermosísima explicación en el N° 159 de los fundamentos).

“913. Los contratos atípicos son regidos en el siguiente orden: a) por la voluntad de las partes... c) por las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines...”

“1040. El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral mediante otro que tenga ese objeto (extinguir). Esta extinción, salvo estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro y, en todo caso, no afecta el derecho de terceros.”

“2402. Si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su deceso...”

“2502. La acción de colación y de reducción prescribe a los dos años desde la muerte del causante.”

AGAPITO. Debo sacar las conclusiones según *la justicia*... Una conducta que hace desaparecer la ley indisponible provocando una laguna jurídica, según el 903 b, hace recuperar la autonomía de la voluntad. Y la voluntad en justicia crea una nueva norma que consiste en el uso del distracto, de la rescisión, de la restitución o de cualquier figura jurídica que pueda cubrir con seguridad el vacío normativo.

CARGAT. Creo que hemos terminado y quizá sea el canto del Fénix. Como en la escena romana *Plaudite manibus*.

Todos aplaudieron, cada uno a los demás. No se pudo descubrir si Agapito no se aplaudió también a sí mismo. Casi seguro que sí.

* * *

Para celebrar el *lectisternium* con que finalizaba el ciclo se adoptó el criterio de Agapito, que fue aprovechar la reunión con que el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires celebraba sus 133 años de vida y entregaba medallas recordatorias a quienes cumplían 50 años de oficio, que fueron 26 y a los que acreditaban 25 años, que fueron 99; nada menos que 125 personas que reunieron más de 700, llenando el salón Gervasio Posadas y demás instalaciones.

Agapito calculó que, sumados todos los años de celebración, eran 3775 y retrocediendo en el tiempo sostuvo que estaban en los siglos en que Hammurabi comenzaba a unificar la Mesopotamia. Pero nadie le llevó el apunte. El discurso del Presidente ofreció una visión panorámica sobre la evolución del Colegio; la entrega emocionada de las medallas y la fiesta final fueron el digno

broche de oro con que cerraron sus reuniones, que no sólo habían sido las narradas sino también muchas otras.

Todo transcurrió animadísimo en los dos edificios. Parte del grupo estuvo en el salón Soldi y era de ver cómo también se habían animado *les precieuses ridicules* de Molière, que inspiró al pintor tan soberbio cuadro, sonriendo a tanto caballero. Mientras tanto, el *Ángel Uriel* solitario en el primer piso seguía montando guardia con su arcabuz.

CARGAT

Nota Bene: Este trabajo fue realizado en mayo de 1999, en mucha mayor extensión. De él se ha servido nuestro creador para preparar el volumen 13 de *Práctica Notarial* (en prensa), que desarrolla muchos más argumentos sobre el tema. Entretanto, se publicaron la Sesión abierta de la Academia Nacional del Notariado 12/7/99, una consulta de Horacio L. Pelosi sobre el distracto (*RdN*. 860-75-00 y 861-193-00) y en el Seminario de la Academia, segundo de 2000, Natalio P. Etchegaray ha expuesto sobre el asunto.

¡Perdón! Me olvido del modelo.

Comparecencia... I. Exposición... a) Inmueble: Fulano es propietario de... que hubo por donación, que le hizo Perengano en tal fecha. Etcétera...

b) Frustración de la finalidad de la ley: 1) La norma civil establece como esencia de la donación la ventaja sin contraprestación del donatario (1139). 2) Fulano expresa que su título fue rechazado y no lo ha podido vender ni hipotecar. 3) Por ende, la norma indisponible ha quedado vacía y recupera la autonomía de la voluntad.

II. Estipulación. Fulano restituye y retransmite el inmueble descrito a Perengano, su donante, quien acepta y declara tener la posesión efectiva del bien.

Declaraciones complementarias... IV. Consentimiento conyugal.

También podría ser:

II. Estipulación. Por frustración de la finalidad de la ley, los otorgantes rescinden el contrato originario de donación. Por ende, Fulano retransmite...

O: II. Estipulación: Por frustración de la finalidad de la ley, Fulano, A TÍTULO DE DISTRACTO, transmite el inmueble a Perengano quien acepta...