



NEUQUÉN, 10 de marzo del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**PORMA LIBIO S/ SUCESION AB-INTESTATO**" (JNQCII1 EXP 518841/2017) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. La cuestión que viene a resolución, pasa por determinar la composición del acervo hereditario. Lo que aquí se controvierte es la inclusión del 50% del bien inmueble matrícula ...-Confluencia.

La Sra. Jueza de primera instancia entiende que el mismo ha salido del patrimonio del causante con anterioridad a su muerte, al formar parte del acuerdo de división de bienes, homologado en autos "PORMA LIVIO Y BASCUR DE PORMA TERESA HORTENSIA s/ DIVORCIO".

Sostiene así que *"...se homologó el acuerdo arribado por las partes en torno a la adjudicación del inmueble matrícula ...-Confluencia a favor de las hijas del matrimonio.*

Dicho acto realizado en el año 1980 es un acto de disposición sobre un bien de su patrimonio realizado por el señor Libio Porma que entiendo, a la luz de las constancias acompañadas, plenamente válido y eficaz.

Y si bien es cierto que, conforme surge de las condiciones de dominio agregadas a fs. 45 el bien continua bajo la titularidad del causante, puesto que dicho acto no fue inscripto ante el Registro de la Propiedad Inmueble, no puede perderse de vista que la inscripción de los inmuebles tiene carácter declarativo. Entonces no hace al nacimiento del derecho sino a su publicidad respecto de terceros..."

1.1. Apelado el decisorio, los recurrentes sostienen que no hubo una voluntad concreta de donar, que la donación requiere de una determinada forma que es la escritura pública



y que, desde allí, no era competente el juez del divorcio para homologar un acuerdo por el cual se donó un inmueble ganancial a dos de los hijos, máxime cuando excluía a otro de ellos.

Enfatizan en la forma del acto de disposición y concluyen en que, además, no se ha tenido en cuenta que el fallecimiento del Sr. Libio Porma, sin haber convalidado la donación, entre otras consideraciones.

1.2. Sustanciados los agravios, son contestados por presentación general N° 55734.

Sostienen que, al celebrar el acuerdo de divorcio, el Sr. Porma dispuso del 50% del inmueble a favor de sus hijas. Que ello importa la manifestación del causante de mejorar la porción hereditaria de sus hijas, al acordar que continuara siendo su vivienda.

Que ello se efectuó dentro de la porción disponible y que, claramente, no se trató de una donación, sino de mejorar con el 50% que le correspondía sobre el inmueble de calle ..., a sus hijas Zulma y Miriam.

2. Así planteada la situación y más allá de los esfuerzos argumentativos efectuados al contestar los agravios, entiendo que asiste razón a los recurrentes.

En efecto, a partir de la disolución de la sociedad conyugal se actualiza la expectativa de los cónyuges o sus herederos con relación al conjunto de los bienes gananciales formado durante la comunidad, y que, dadas las características de su gestión separada, recién en ese momento pasa a constituir una masa partible.

Se impone así la regla de la división por mitades de los bienes, sin consideración al aporte económico de cada uno de ellos a su formación, solución que encuentra fundamento en los principios de asistencia, cooperación y solidaridad durante la vida matrimonial.

Dicha norma reconoce un derecho al 50% de los gananciales para cada uno de los cónyuges, que, sin embargo,



una vez disuelta la sociedad conyugal, puede ser dejado de lado convencionalmente.

2.1. En esta línea, los acuerdos sólo serán oponibles a terceros a partir de la inscripción en los registros correspondientes en relación a los inmuebles o bienes cuyo registro han impuesto las leyes.

En este caso, el acuerdo celebrado entre los entonces cónyuges Porma-Bascur no fue inscripto. Pero ello sólo haría al conocimiento y oponibilidad, cuando la cuestión aquí trasciende el tema, para situarse en la propia existencia y validez del acto llevado a cabo por el causante. Me explico.

El artículo 1184, inc. 2, del Código Civil establecía la posibilidad de realizar la partición en instrumento privado y ser presentado ante el juez de la sucesión, con lo que se establece una forma mixta para la división de los bienes (trasladable al divorcio); existía divergencia doctrinaria y jurisprudencial, acerca de si el juez del divorcio, para homologar el convenio, podía analizar su contenido o sólo verificar los aspectos relativos a la forma y capacidad.

Justamente, enrolándose en la posición más amplia y en línea con el cuestionamiento introducido por los recurrentes, se *"negó la homologación del Convenio de liquidación de la sociedad conyugal por contener una promesa de hacer una donación, ya que consideró que la donación de inmuebles es un contrato solemne de solemnidad absoluta.*

"La promesa de hacer una donación no obliga al que la hace ni a sus herederos por distintas razones, por un lado, la donación de inmuebles es un contrato solemne de solemnidad absoluta, por lo que la hecha en instrumento privado es nula y no da acción para obtener el otorgamiento de la escritura pública (conforme art. 1810 del Código Civil); no existe la posibilidad de un "boleto de donación" semejante al boleto de compraventa de inmuebles. Por otra parte, cuando la donación no ha sido aceptada por los donatarios -tal como ocurre en la



especie- el donante puede revocarla expresa o tácitamente (conforme art. 1793 del Código Civil), lo que no es más que una consecuencia del principio de la libre voluntad sentado por el art. 1789, que implica que no puede una persona quedar constreñida por un compromiso de realizar una donación ni permanecer vinculado por una oferta irrevocable perpetua o temporalmente. Vale aclarar aquí que lo que puede revocarse es la oferta de donación, ya que mientras no medie aceptación no hay contrato de donación... "Por las razones dadas y más allá de la validez extrínseca del documento (convenio de liquidación de la sociedad conyugal) reconocido por las partes, este tribunal considera que no están dadas las condiciones jurídicas mínimas que permitan homologarlo, por lo que se hará lugar al recurso planteado y se revocará la resolución apelada. Ello así, sin perjuicio de la factibilidad de que las partes ocurran por la vía y forma correspondientes a fin de concretar la liquidación de la sociedad conyugal."..." (cfr. PODER IRREVOCABLE PARA DONAR. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. LEY 6435 DE LA PROVINCIA DE SANTA FE, Mazzei, Juana Beatriz, Publicado en: LLLitoral 2011 (noviembre), 1053, Cita Online: AR/DOC/4125/2011).

3. Y esta es la línea de interpretación que, entiendo es la que se impone en el caso.

En efecto, centrados en la existencia de un convenio de división de bienes celebrado en el marco de un proceso de divorcio y sin perjuicio de que su contenido pudiera referir a una estipulación a favor de terceros (en el caso las dos hijas de ese matrimonio), lo cierto es que nos encontramos frente a un caso de partición por donación conjunta. No se trataría sino de la puesta en acción del entonces vigente art. 1805 del Código Civil, el cual contemplaba la posibilidad de que padre y madre, juntos, hicieran donaciones a sus hijos, entendiéndose hechas como un adelanto de la legítima.



Ahora, tratándose de un bien inmueble, regían las previsiones del art. 1810, inc. 1, esto es, se exigía la escritura pública, siendo de aplicación las consideraciones efectuadas anteriormente.

Es que como indica Belluscio en comentario a un fallo que interpreta la situación en sentido diverso:

"...el art. 1810 consagró, desde su texto originario, el criterio tradicional de exigir escritura pública para la donación de inmuebles, el cual, arrancando del art. 931 del Código Civil francés, fue adoptado por la generalidad de las legislaciones. Lo que se explica porque en actos de este tipo, que implican desprenderse de elementos sustanciales del patrimonio, es preciso defender la libertad del donante, expuesto siempre a engaños y captaciones, y llamar su atención respecto del acto que va a realizar, evitándole de ese modo los perjuicios que pueden resultarle de un impulso irreflexivo y generoso.

Cierto es que, aun cuando el texto originario ya establecía que la forma impuesta debía ser observada "bajo pena de nulidad", parte de la doctrina y de la jurisprudencia discutía el carácter absoluto de la solemnidad impuesta, admitiendo con base en el art. 1185 la obligación de escriturar resultante de la oferta y la aceptación hechas en instrumento privado. Sin embargo, la reforma de 1968 puso fin a la discusión y eliminó toda duda, al añadir el actual penúltimo párrafo del artículo, según el cual "respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el art. 1185".

Se trata, pues, sin posible hesitación, de una solemnidad absoluta, la cual -contrariamente a la solemnidad relativa, que admite que el acto nulo por haber sido otorgado sin la forma legal se convierta en otro válido que crea la obligación de otorgar la escritura pública- no permite tal conversión. Podrá dudarse acerca de si la donación sin forma notarial es un acto inexistente o viciado de nulidad absoluta,



pero acerca de lo que no cabe hesitar es de que carece de efectos jurídicos. En efecto, no es nueva la distinción entre actos solemnes de solemnidad absoluta y actos solemnes de solemnidad relativa: los primeros, cuyo caso más típico es el de las donaciones contempladas en el art. 1810 realizadas sin el cumplimiento de la forma, están privados de todo efecto civil; los segundos están privados de sus efectos propios pero se les asignan otros diferentes, es decir, que el acto es nulo pero se convierte en otro distinto válido, caso de los enunciados en el art. 1184 conforme al art. 1185..."

Y agrega: "...no se trata aquí de descalificar la "perspectiva puramente exegética" o la "visión unidimensional de la materia" invocando una supuesta racionalidad derivada de la interpretación armónica con el resto del ordenamiento jurídico. Por el contrario, lo que correspondía era -como lo hizo la primera instancia- aplicar normas que no dejan lugar a un mínimo asomo de duda. Al no proceder así, el tribunal se ha arrogado el papel de legislador arrasando con uno de los pilares fundamentales de nuestra organización institucional, como lo es la separación de los poderes legislativo y judicial, pues en lugar de atender a la norma que dice que en los casos del art. 1810 no rige el art. 1185, sustituyó la disposición legal vigente por otra que expresaría algo así como que "la forma establecida en este artículo puede ser omitida si se demuestra que no hubo irreflexión de parte del donante".

Por lo demás, el razonamiento en ese sentido no sirve. No sólo porque no se trata de que el supuesto donante haya reflexionado suficientemente antes de realizar la supuesta donación sino de que nada le impedía la retractación de una promesa que carece de efectos jurídicos como es la promesa de donación. El mantenimiento de la voluntad durante un lapso de siete años es una mera conjetura, pues el silencio tanto puede ser interpretado en ese sentido como en la



ausencia de voluntad de hacer la donación... Además, no se trataba de que los padres fuesen los obligados a requerir la instrumentación del acto, requerimiento que el derecho vigente no admite, sino de que el cónyuge propietario podía realizar la donación o no realizarla toda vez que no tenía obligación legal de hacerlo. Finalmente, la omisión no podía causar perjuicio alguno a los menores sino, en todo caso, la pérdida de una esperanza de beneficio; y las meras esperanzas carecen de protección jurídica. Por ello, no se trata de contraponer el interés del padre al de los hijos sino de aplicar el derecho vigente..

La aceptación por parte de la madre en nombre de los hijos mediante un mero escrito presentado judicialmente, nada añade, ya que la misma forma notarial impone el art. 1811 a ese acto, por lo que también es un acto nulo".

Y concluye: "¿Y el futuro de la cosa supuestamente donada? La sentencia revoca el pronunciamiento apelado, desestimando el pedido de revocación de la donación. Ello implica reconocer que la donación existió.

Frente a esa decisión, es posible que el propietario acceda a otorgar la escritura necesaria para realizar la donación que, pese a lo dicho por la cámara, no existió. Pero también es posible que se rehúse a hacerlo. En ese caso, ¿cómo se procederá? No correspondería que el juez otorgase la escritura en nombre del supuesto donante, pues para el tribunal la donación ya está ofrecida y aceptada. Pero es necesaria la inscripción registral. Entonces, ¿se ordenará la inscripción, quizás precedida de protocolización, de las piezas de la causa?

En uno u otro caso, se estaría llevando al registro un acto o bien inexistente o bien absolutamente nulo, pero siempre privado de efectos jurídicos e inconfirmable. Obviamente, el registro debería rechazar la inscripción; de lo contrario violaría la ley pues el art. 3 de la ley 17.801



(Adla, XXVIII-B, 1929) sólo admite la inscripción de escrituras notariales o resoluciones judiciales o administrativas, y aquí no habría mediado escritura notarial ni resolución judicial, ya que una resolución judicial no puede donar, y el art. 9, inc. a, le manda rechazar los documentos viciados de nulidad absoluta y manifiesta. Supongamos que a pesar de ello, el registro inscriba. ¿Cuál será el dominio de los supuestos donatarios? No un verdadero dominio pues no podrán enajenar la cosa ya que el más somero estudio futuro de títulos pondrá de relieve que en los antecedentes se registra un acto ineficaz. La nulidad no será solamente absoluta sino también manifiesta, y una decisión judicial no pudo convalidarla... En conclusión, si el padre no otorga voluntariamente la escritura de donación, se creará un verdadero galimatías jurídico que será el precio pagado porque quienes debían juzgar hayan legislado sin tener atribuciones para hacerlo..." (cfr. ¿DONACIÓN SIN ESCRITURA PÚBLICA?, Belluscio, Augusto César, Publicado en: LA LEY 13/03/2006, 8 • LA LEY 2006-B , 278 • Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo V, 1031. Cita Online: AR/DOC/993/2006).

En definitiva "la partición de los bienes del matrimonio es un acto jurídico en que las únicas partes que pueden participar son los ex cónyuges. Los hijos no están legitimados para intervenir en la misma, aunque puedan resultar beneficiados si esa es la voluntad de la madre y del padre. Pero para ello es menester que previamente estos se adjudiquen el bien de que se trate entre ambos, o directamente lo donen a sus hijos; pero pensamos que tal decisión no puede resolverse en la adjudicación directamente a estos últimos" (cfr. ACTOS DE DISPOSICIÓN DE BIENES DE LOS CÓNYUGES, ANTES Y DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, Giralt Font, Jaime, Publicado en: Revista del Notariado 903, 93).



4. En mérito a las razones anteriormente expuestas, entiendo que el acto de disposición llevado a cabo por el causante, al carecer de la forma solemne que implica una donación de inmueble, carece de validez y de los consecuentes efectos jurídicos.

De allí que, al no haber salido de su patrimonio sino sólo, por el 50% producto de la disolución de la sociedad conyugal, el 50% restante integra el acervo sucesorio.

Propongo en consecuencia, así declararlo, haciendo lugar al recurso de apelación.

Teniendo en cuenta la complejidad del caso, la existencia de posturas divergentes sobre la materia, lo que pudo llevar a considerar a las contrarias que contaban con razones serias para sostener su posición, entiendo que las costas de ambas instancias deben imponerse en el orden causado. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **SALA I**

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación deducido en hoja 155 por Jorge Porma y Oscar Porma, y en consecuencia, revocar la resolución de fecha 2/09/2020 (hojas 151/152), declarando que el 50% indiviso del inmueble matrícula ...- Confluencia integra el acervo hereditario de esta sucesión.

2. Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 68, 2° párrafo del CPCC).

3. Diferir la regulación de honorarios para el momento de contar con pautas a tal fin.

4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA