

_____Salta, 14 de diciembre de 2016._____

_____Y VISTOS: Estos autos caratulados “**PÉREZ KRALIK**, Esteban; **PÉREZ KRALIK**, Fernando; **PÉREZ MARTÍNEZ**, Abelardo c/ **PÉREZ MARTÍNEZ**, María; **FERNÁNDEZ PÉREZ**, Carlos E. y Otros – **ORDINARIO: COLACIÓN y SIMULACIÓN**”, Expte. N° 333229/10 del Juzgado de 1° Instancia en lo Civil y Comercial 2° Nominación y **de esta Sala Quinta**, _____

_____CONSIDERANDO_____

_____La Dra. Soledad Fiorillo dijo: _____

_____D) Vienen estos autos en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 505 por el co-actor, Sr. Abelardo Pérez Martínez, con el patrocinio de la Dra. Natalia Pamela Mayor, y a fs. 512 por el Dr. Javier Astudillo Ponce, en representación de los co-actores, Sres. Esteban Anselmo y Fernando Daniel Pérez Kralik, en contra de la sentencia de fs. 497/500, los que fueron concedidos a fs. 506 y 513 respectivamente. _____

_____1. A fs. 549/558 el Sr. Abelardo Pérez Martínez manifiesta que le causa agravio que no se hubieran impuesto costas a la parte demandada por el rechazo de la excepción de prescripción opuesta y en la que resultó vencida. Sostiene luego que yerra el sentenciante al interpretar el objeto de la demanda y por ende, se equivoca al rechazar la demanda de colación considerando que los demandados no reúnen la calidad de herederos forzosos, toda vez que la acción de colación sólo se interpuso en contra de la Sra. María Pérez Martínez y que la acción de simulación lo fue respecto de los restantes co-demandados.

_____A fs. 595/599 contesta la Dra. María Karna Naí, en representación de los Sres. Ana Allué, Robert Eduardo Capllonch, Juan Ángel Capllonch y Juana Magdalena Capllonch, y como patrocinante de los Sres. Ana María Callponch y Cristian Gladis Callponch, solicita el rechazo del recurso de apelación interpuesto en base a los argumentos que allí expone a los que cabe remitirse por razones de brevedad. _____

_____ A su turno, a fs. 600/605 la Dra. Emma Victoria Caprini, en representación de los co-demandados, Sres. María Pérez Martínez, Carlos

Eduardo y Anselmo Luis, ambos de apellido Fernández Pérez, también solicita el rechazo del recurso. _____

_____ 2. A fs. 583/589 vta. los Sres. Fernando Daniel Pérez Kralik y Esteban Anselmo Pérez Kralik, con el patrocinio letrado del Dr. Carlos Humberto Saravia, consideran que el Sr. Juez de primera instancia debió –en ejercicio de las atribuciones conferidas por el principio “iura novit curia”- haber calificado la acción interpuesta como de reducción y no de colación, ya que ambas integran el sistema de protección de la legítima de los herederos forzosos que tiende a impedir que el causante por medio de donaciones o disposiciones testamentarias trate de ampliar su cuota de libre disponibilidad, destacando que la acción de colación fue interpuesta sólo respecto de la Sra. María Pérez Martínez. _____

_____ Expresa luego que el sentenciante omitió expedirse sobre la acción de simulación incoada como complemento de la de colación. Enumera los actos simulados y precisa los indicios que a su criterio, dan cuenta del cumplimiento de los requisitos que tornan procedente la acción. Finalmente refiere a la carga probatoria. _____

_____ A fs. 615/620 la Dra. Emma Victoria Caprini, en representación de los co-demandados, Sres. María Pérez Martínez, Carlos Eduardo y Anselmo Luis, ambos de apellido Fernández Pérez, contesta y solicita se confirme la sentencia de primera instancia atento la insuficiencia de los agravios conforme lo dispone el art. 255 del CPCC y jurisprudencia concordante. _____

_____ A fs. 626/628 vta. obra dictamen del Sr. Fiscal de Cámara. _____

_____ A fs. 631 se llaman autos para sentencia. A fs. 636 se suspende dicho llamado hasta la remisión del Juzgado de primera instancia del Expte. N° 321473/10, caratulado: “Martínez Cuevas, María s/Sucesorio”, reanudándose a fs. 641. _____

_____ II. La sentencia recurrida rechaza la defensa de prescripción opuesta por los demandados y la acción de colación interpuesta por los actores, sin expedirse en concreto sobre la acción de simulación con fundamento en que

resultaría abstracto su tratamiento ya que en nada modificaría el resultado de la sentencia. _____

_____ Para así decidir, el sentenciante adhirió a la jurisprudencia que entiende que cuando la acción de simulación es interpuesta para desentrañar la verdadera naturaleza del negocio atacado a los fines de abrir la puerta a la acción de colación, el plazo de prescripción es el establecido por el art. 4023 del CC, es decir de 10 años, toda vez que la pretensión sustancial es la colación y la simulación pasa a ser un simple medio para instrumentarla. Por su parte, como fundamento del rechazo de la colación estimó que siendo en la actualidad los propietarios de las matrículas cuestionadas, los nietos de la causante –más allá de ser las compra-ventas simuladas o no- y encontrándose viva su heredera forzosa, aquéllos no se encuentran obligados a colacionar. Impuso costas y contra esta sentencia se alzan todos los actores, pero a través de distintos recursos. _____

_____ III. Respecto a la deserción de los recursos postulada por la parte apelada, debe precisarse que si bien es cierto que la expresión de agravios tiene que contener una crítica concreta y fundada del fallo apelado que no se traduzca en meras discrepancias con el razonamiento del Juez de primera instancia, debe seguirse un criterio amplio en lo que respecta a su admisibilidad, ya que es el que mejor condice con el principio constitucional de la defensa en juicio, y tal ha sido el criterio sustentado por este Tribunal en diversos precedentes (Sala V, t. XXXIV, f° 285/296; Sala II, t. 2006, 2° parte, f° 300/301; Sala III, t. 2002, f° 267/270; Sala IV, t. XXI, año 1999, f° 576), en concordancia con la doctrina de la Corte de Justicia de Salta (CJS, T 44:1109).

_____ Así se decidió que, si el apelante individualiza, aún en mínima medida, los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada, no procede declarar la deserción del recurso, por cuanto la gravedad de los efectos con que la ley sanciona la insuficiencia de la expresión de agravios, torna aconsejable aplicarla con criterio amplio favorable al recurrente (CNPaz, Sala V en LL, 17-854, 23.426-S; CNFedCC en Rep. LL XXX, pág. 151, n° 212; CApelCCSalta, Sala IV, t. XXXV- S, f° 29/ 34). _____

_____ En esa inteligencia y considerando que los memoriales de agravios contienen una crítica suficiente de la sentencia apelada, corresponde proceder al análisis de los recursos interpuestos. _____

_____ IV. Liminarmente y atento la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación a partir del 1º de agosto de 2015, cabe dejar sentado que la regla general es que el derecho sucesorio intestado se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante. No obstante, las normas de naturaleza procesal son aplicables a los procedimientos en trámite siempre que esta aplicación no implique afectar situaciones ya agotadas (cfr. “La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Aída Kemelmajer de Carlucci, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa fe, 2015, pág. 166). _____

_____ V. Aclarado ello, se meritarn los agravios referidos al rechazo de la acción de colación en forma conjunta ya que ambas partes recurrentes los centran fundamentalmente en la errónea interpretación del sentenciante sobre quién fue demandado en cada acción y en la ausencia de tratamiento de la demanda de simulación interpuesta. Finalmente, se analizará el agravio esgrimido por el Sr. Abelardo Pérez Martínez, quien manifiesta que las costas por el rechazo de la defensa de prescripción opuesta, debieron haberse impuesto a la parte demandada (cfr. fs. 549). _____

_____ Consideran los apelantes que el rechazo de la acción de colación no se ajusta a derecho porque el Sr. Juez partió de una premisa falsa e hizo una interpretación errónea toda vez que claramente aquélla se interpuso sólo en contra de la Sra. María Pérez Martínez, quien reviste indudablemente la calidad de heredera forzosa de la causante, y no contra los restantes demandados. _____

_____ Al respecto cabe destacar que les asiste razón a los recurrentes toda vez que del escrito de demanda surge que la acción de colación fue interpuesta sólo en contra de la Sra. María Pérez Martínez, hija de la Sra. Martínez Cuevas y por ende heredera forzosa (cfr. fs. 46, II, 1º párrafo). Luego, y con fundamento en que todo el acervo hereditario habría sido transferido

simulando dos compraventas sucesivas a terceras personas pero con la finalidad de efectuar una donación a María Pérez Martínez- interpusieron también acción de simulación en contra de esta heredera forzosa y de los compradores –Sres. Juan Capllonch, Carlos Eduardo Fernández Pérez y Anselmo Luis Fernández Pérez- (cfr. fs. 46, II, 2º párrafo y fs. 47, 2º párrafo). Ello no sólo emerge claramente del escrito inicial sino que además es ratificado al expresar agravios los actores (cfr. fs. 558, 3º, 4º y 5º párrafos, 585vta. 2º párrafo y 588, 2º párrafo)._____

_____En ese contexto y partiendo de la base que son colacionables las donaciones efectuadas en vida por el causante a un heredero forzoso, cabe distinguir entre donaciones ostensibles, no ostensibles, disimuladas, presumidas por la ley y nulas (Llambías, Jorge J, y Méndez Costa, Ma. Josefa; Código Civil Anotado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, T. V-B, págs. 215). Ahora bien, frente a una donación disimulada, el heredero debe ejercer dos acciones, la de simulación y la de colación. Por ello, hay un orden lógico y cronológico que obliga a comprobar primero la existencia del acto simulado y luego resolver la colación que yacía bajo aquél. No obstante el ordenamiento lógico mencionado, la acción de colación no está jerárquicamente subordinada a la de simulación sino que, por el contrario, la colación es la acción principal y la simulación, lo accesorio ya que la primera es la “acción-fin” y la segunda, la “acción-medio” (Llambías-Méndez Costa, ob. y página citadas.)._____

_____ En virtud de ello, corresponde- contrariamente a lo realizado por el Sr. Juez de primera instancia- determinar en primer término si las compraventas instrumentadas en las Escrituras Públicas N° 230 y 2, fueron simuladas y luego, en su caso, meritar la procedencia de la acción de colación incoada en contra de la Sra. María Pérez Martínez._____

_____ El acto simulado es el acto o negocio jurídico que por acuerdo de partes se celebra exteriorizando una declaración recepticia no verdadera para engañar a terceros, sea que ésta carezca de todo contenido, o bien que esconda uno diferente al declarado (cfr. López Mesa, Marcelo J. Código Civil” Lexis

Nexis, Bs. As, 2008, t. II, pág. 153). Se ha dicho que a diferencia del error, el dolo o la violencia que afectan todos los actos voluntarios, la simulación se presenta como un vicio propio de los negocios jurídicos ya que no afecta la voluntad sino la buena fe, entendida como una conducta leal, como la obligación de expresar lo verdaderamente querido frente a terceros. En el negocio simulado, la voluntad no está distorsionada, es un acto realizado con discernimiento, intención y libertad, para crear una “mera apariencia” o para encubrir algo real bajo una “apariencia ficticia” (“Código Civil de la República Argentina Explicado, Directores: Compagnucci de Caso y otros, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2011, Tomo III, pág. 313/314)._____

_____ De esta manera, la simulación puede ser absoluta o relativa. La primera tiene lugar cuando el negocio simulado es un acto jurídico que nada tiene de real ya que en rigor las partes no tienen ninguna intención de contratar, proponiendo meramente crear la apariencia de un negocio y el acuerdo simulatorio se limita a expresar esa circunstancia. Por su parte, en la simulación relativa, la falsedad o engaño encubren un acto serio oculto bajo falsas apariencias, sea en lo atinente a los sujetos de la relación –simulación relativa subjetiva- sea en lo que hace a la naturaleza del contrato o a alguno de sus restantes elementos –simulación relativa objetiva. En este caso –a diferencia del anterior- el acuerdo simulatorio no será suficiente y el proceso se complementará con la exteriorización, “para uso interno”, del negocio disimulado, del verdadero contrato que las partes desean celebrar; en otros términos, engendra un negocio verdadero destinado a permanecer oculto. De allí que existan tres momentos en este tipo de simulación: acuerdo simulatorio, negocio simulado y negocio disimulado (Jorge Mosset Iturraspe, “Contratos simulados y fraudulentos”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, Tomo I, pág. 46)._____

_____ En el sub-lite, los actores –como terceros ajenos a los actos cuestionados- promovieron acción tendiente a que se reconozca judicialmente la inexistencia de dos actos ostensibles (compraventas) y se declare el

verdadero carácter de éstos (donaciones). Ello en orden a la procedencia de la acción de colación intentada conjuntamente. _____

_____ Liminarmente, cabe destacar que cuando es un tercero el que aduce la simulación, puede acudir a toda clase de medios probatorios, habida cuenta que debe demostrar hechos respecto de los cuales ha permanecido ajeno y que han sido cumplidos sin la voluntad de constituir los efectos jurídicos ostensibles. Es evidente que no puede serle exigido un contradocumento –que lógicamente no se encuentra en su poder- ya que se trata de esclarecer un hecho oculto a cuyo alrededor habitualmente se han tomado las precauciones necesarias para desvanecer todo elemento probatorio (López Mesa, ob. cit. pág. 158). _____

_____ Por ello, el medio de prueba frecuentemente utilizado es el de indicios que, en cuanto tales, deben revestir las características de graves, concordantes y suficientes en orden a llevar al ánimo del juzgador la convicción que ha acaecido la simulación. “Indicio es cualquier hecho conocido o comprobado del cual puede deducirse otro hecho o circunstancia. Se trata de una prueba lógica e indirecta cuya función consiste únicamente en suministrarle al juez una base de hecho cierta, de la cual pueda inferir indirectamente y mediante razonamientos críticos-lógicos, un hecho desconocido cuya existencia o inexistencia esté investigando” (cfr. “Devis Echandía H.”, Compendio de pruebas judiciales, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1984, t. II, págs. 301 y ss.). _____

_____ En el caso de la simulación, la jurisprudencia ha delineado a lo largo del tiempo diversos hechos que resultan usuales y graves indicios de ellas, tales como la ausencia de ejecución material del acto o contrato celebrado, por ejemplo, la continuación de la posesión o administración de la cosa enajenada por parte del primitivo dueño; el parentesco próximo entre las partes; la importancia de los bienes enajenados; las circunstancias y particularidades del acto; el precio ínfimo o vil (Llambías, Jorge – “Tratado de derecho civil, parte general, Abeledo Perrot, Bs. As. 1983, t II, págs. 537 y ss.). Sobre estas bases,

de las constancias de autos se puede concluir que todos esos indicios se encuentran verificados. _____

_____ En primer lugar no está controvertido el parentesco próximo entre las partes: el primer comprador, Sr. Jaime Capllonch, es consuegro de la heredera forzosa, María Pérez Martínez, es decir es el padre de la cónyuge de uno de sus hijos, y éste, además, fue uno de los posteriores compradores de los inmuebles. Por su parte y más allá que la demandada aduzca que medió un comodato gratuito o que los Sres. Fernández Pérez justifiquen la permanencia del actor, Abelardo Pérez Martínez, en el inmueble en el afecto y el cariño que le tienen a su tío (cfr. fs. 140 vta.), no se encuentra controvertido que aquél continuó viviendo en la casa ubicada en la Matrícula N° 391. _____

_____ En cuanto al indicio referido al precio vil, se tiene que en la Escritura Pública N° 230 de fecha 04/09/98 surge que el precio por el que se vendieron ambas Matrículas fue de \$ 15.000 (cfr. fs. 15/16) y de la Escritura Pública N° 2, de fecha 25/01/02, que ambas fueron vendidas por la suma de \$ 16.000 (cfr. fs. 17/18). Por su parte, de la pericia agregada a fs. 335/367 y aclaración de fs. 384, surge que el valor probable de transacción del inmueble Matrícula N° 389 al mes de septiembre de 1998 era de \$ 34.000 y el de la Matrícula N° 391, de \$ 37.000, mientras que para el mes de enero de 2002, el valor del primero era de \$ 100.000 y del segundo, de \$ 92.000. De ello se puede deducir que el valor de \$ 15.000 que se habría abonado por ambos inmuebles en el año 1998 resultaba sensiblemente inferior al valor probable consignado en la pericia: \$ 71.000. Ello se observa con mayor nitidez en la segunda operación, en la cual se vendieron los mismos bienes por la suma de \$ 16.000, es decir no sólo casi al mismo precio pagado cuatro años antes- sino además doce veces menos que lo que la pericia determinó como su probable valor real: \$ 192.000. _____

_____ Cabe destacar que al contestar la demanda, el Sr. Capllonch, se limitó a manifestar que en el año 1998, regía la ley de convertibilidad y a justificar el precio de \$ 15.000 abonados por ambos catastros en las diferencias de precios existentes entre el actual mercado inmobiliario y el imperante al momento de la compra (cfr. fs. 186 vta.). A su turno, los co-demandados Fernández Pérez,

compradores en el año 2002, intentaron justificar el precio que se dijo abonado por ambas matrículas: \$ 16.000, aduciendo simplemente que ellos no escaparon al común denominador de los contratantes y a la práctica habitual de no consignar el monto real de las operaciones (cfr. fs. 142 vta.), argumentos que en modo alguno resultan suficientes para evitar considerar al precio que se habría abonado por ambas matrículas como un fuerte indicio de la simulación intentada. En este sentido se dijo: “La presencia de un precio vil –pretium vilis- o desproporcionado, que no guarda relación con el valor de la cosa enajenada, tiene posibilidad de existir tanto en negocios reales como simulados, ello así por la premura de las partes en evadir la tributación fiscal; mas cuando aquella desproporción entre el precio estipulado documentalmente y el corriente en plaza a la misma época es exagerada, como en el sub-lite que supera el 50 % del valor real en el mercado, es suficiente para considerarlo dentro de la categoría de vil, tornándose éste en factor decisivo para aceptar la simulación del acto (Mosset Iturraspe, Jorge - Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios, Ed. Ediar, Bs. As. 1974, T. I, pág. 279)._____

_____ Tampoco se acreditó en debida forma la alegada capacidad económica de los adquirentes al momento de la compra (cfr. fs. 143). _____

_____ Ahora bien, más allá de todos estos indicios, de los descriptos en la demanda (cfr. fs. 46 vta y 47) y de los enumerados en la expresión de agravios por los Sres. Fernando Daniel y Esteban Anselmo Pérez Kralik (cfr. fs. 587 y 587 vta.), resultan fundamentales a los fines de la procedencia de las dos pretensiones deducidas -acreditar que las compraventas encubrieron dos donaciones efectuadas en vida por la causante a uno solo de sus tres herederos forzosos y condenarlo a colacionar-, la primera donación efectuada por la causante directamente a su hija, Sra. María Pérez Martínez (Escritura Pública N° 86 -27/05/96) y la segunda compraventa en la que ésta se reserva el derecho de usufructo vitalicio sobre las Matrículas n° 389 y 391 (Escritura Pública N° 2 -25/01/02). _____

_____ Ello así ya que teniendo en cuenta que, según sostienen ambas partes y conforme surge del Expte. n° 321473/10 -el que se tiene a la vista-, aquéllas

serían los únicos bienes integrantes del acervo sucesorio de la Sra. María Martínez Cuevas y no obstante haber sido dejada sin efecto la donación a su hija con la segunda operación en virtud de la cual ésta dona nuevamente a su madre los inmuebles (Escritura Pública nº 95, 27/10/97) como así también pese a que aquélla renunció al derecho real de usufructo constituido a su favor por sus hijos (Escritura Pública Nº 56 -25/11/10), estos actos permiten inferir que las dos compraventas efectuadas en el medio del iter por el cual transitaron las matrículas objeto de litis, tuvieron como finalidad beneficiar – donar- a la Sra. María Pérez Martínez; en otros términos, esos actos permiten vislumbrar el interés que llevó a las partes a hacer los contratos simulados, el motivo que indujo a darles a las donaciones –ante la eventualidad de una acción de colación por parte de los restantes herederos forzosos- apariencia de actos jurídicos que no existieron en realidad –compraventas-. El análisis de esta cuestión constituye un elemento de juicio muy importante a efectos de valorar la veracidad o falsedad de los actos ahora cuestionados como ficticios, ya que corroborarían la existencia de la simulación alegada, la que objetivamente, resulta de los otros indicios analizados. Es lo que en doctrina se llama “causa simulandi” y que explicaría el porqué del engaño._____

_____En efecto, en el sub-lite, se puede concluir que ésta fue la causa simulandi: la voluntad de la causante, Sra. María Martínez Cuevas, de donar a su hija, María Pérez Martínez –no a sus nietos como lo considera el Sr. Juez de primera instancia (cfr. fs. 500, 3º párrafo)- las matrículas cuestionadas, las que hoy constituirían su acervo hereditario. Aquí es dable destacar que al momento de su muerte 20/10/02 (cfr. fs. 4 de Expte. Nº 321473/10), el usufructo vitalicio sobre aquéllas lo detentaba su hija, Sra. Pérez Martínez, quien renunció mucho tiempo después de la muerte de su madre, el 25/11/10, conforme surge de la Escritura Pública Nº 56 y días antes de la interposición de la presente demanda (cfr. cargo de fs. 51 -14/12/10). Por lo demás, los indicios que resultan de las pruebas producidas demuestran que no hubo voluntad de transferir la propiedad de los catastros objeto de litis a terceros a cambio de un precio en dinero, no sólo por parte de María Martínez Cuevas a

Juan Capllonch, sino tampoco de éste a los hijos de la Sra. María Pérez Martínez. _____

_____ Cabe destacar que al contestar la demanda, la Sra. María Pérez Martínez negó que esa fuera la intención de su madre, simplemente justificando las diferentes operaciones de donación y de compraventa realizadas por ella en su fuerte temperamento, caracterizándola como una persona de firmes decisiones respecto de su vida y de la de sus hijos como también de su patrimonio (cfr. fs. 138 vta.), olvidándose que la capacidad del causante para efectuar liberalidades por actos entre vivos o por disposiciones testamentarias, respecto de su patrimonio, se extiende sólo hasta la concurrencia de la porción legítima asignada por la ley a sus herederos forzosos y que las disposiciones a ella referida en nuestro derecho positivo son de orden público _____

_____ Ésta es la conclusión que se estima como más ajustada a la realidad de los hechos. En este sentido se ha dicho que evidenciar razones provenientes de la realidad de las cosas constituye la esencia de la función jurisdiccional toda vez que la utilización de conceptos puros con prescindencia de las circunstancias de hecho a las que han de ser aplicados contradice las razones y fines que las normas han querido tutelar (voto del Dr. De Lázzari, en los autos caratulados “Ocampo, Néstor Fabián c/ Farella, Elisa Guillermina y Otros – Acción de Reducción”, Suprema Corte de Justicia de La Plata, 06/04/16). En este mismo fallo –ante un caso similar- aquél expresó que si bien el recurso de apelación había sido interpuesto cuando ya había entrado en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, a tenor de lo dispuesto en su art. 7, la colación intentada debía ser juzgada sobre las bases del Código Civil de Vélez, pero que las normas contenidas en el nuevo régimen referidas a la interpretación de la ley consagradas en el título preliminar, tenían inmediata aplicación: arts. 1, 2, 9, 10 y ccdtes. Sostuvo que el art. 2 -en el que se indica que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo

coherente con todo el ordenamiento- es de aplicación inmediata al cumplir el rol de indicar la manera en que el juzgador debe llevar la tarea interpretativa y en este sentido, el nuevo ordenamiento ha tenido la virtud de consolidar conceptos que desde hace tiempo se venían imponiendo. _____

_____ Dentro de este contexto, y efectuando un análisis del caso de autos sobre la base de la buena fe y la voluntad real de la causante a fin de determinar los efectos queridos y no queridos de los negocios jurídicos efectuados, el agravio en estudio deviene procedente. _____

_____ VI. Desentrañada la naturaleza gratuita de los dos negocios jurídicos cuestionados y considerando que las donaciones tenían como verdadera finalidad beneficiar a la Sra. María Pérez Martínez, heredera forzosa de la causante, corresponde meritar la acción de colación incoada en su contra. ____

_____ Esta acción, tal como estaba y está hoy legislada, se materializa en una acción personal ya que no afecta al bien en sí mismo ni es reipersecutoria, sino que se concreta mediante el cómputo del valor del bien donado en la hijuela del heredero forzoso donatario. En principio, no es una acción protectora de la legítima sino que persigue mantener a los herederos forzosos en un pie de igualdad, ya que la donación realizada ha de ser considerada como un anticipo de la herencia. Al no operar de pleno derecho, los herederos forzosos perjudicados, frente al proceder del causante, deberán esperar hasta el fallecimiento del donante ya que esta acción no podrá intentarse mientras no se haya producido la transmisión hereditaria y al no tener un plazo de prescripción, se la puede intentar dentro de los diez años del fallecimiento del causante. _____

_____ La sentencia recurrida rechaza la acción de colación interpuesta con fundamento en que los actuales propietarios de las Matrículas N° 389 y 391 son los Sres. Anselmo Luis Fernández Pérez y Carlos Eduardo Fernández Pérez, quienes al ser nietos de la causante y encontrándose viva su madre, no pueden ser obligados a colacionar porque no revisten el carácter de herederos forzosos. _____

_____ Ahora bien, teniendo en cuenta que tal como se concluyó “ut supra” - la causa “simulandi” o el por qué del engaño o el interés que llevó a la Sra. Martínez Cuevas a simular las compraventas ahora cuestionadas fue donar las Matrículas N° 389 y 391 a su hija, María Pérez Martínez y no “abiertamente” a sus nietos –como se sostiene en la sentencia (cfr. fs. 500, 3° párrafo)-, se cumple el requisito que a criterio del Sr. Juez faltaba para tornar procedente la acción intentada: la calidad de heredera forzosa de la verdadera donataria, quien claramente fue demandada como tal en la acción de colación incoada (cfr. fs. 46, punto II, 1° párrafo). En efecto, habiéndose concluido en los párrafos precedentes que las compraventas instrumentadas en las Escrituras Públicas N° 230 y 2 constituyeron negocios aparentes que encubrían un negocio válido: una donación a la Sra. Pérez Martínez – pues la Sra. Martínez Cuevas sí podía donar bienes a su hija o a terceros, sin perjuicio de que eventualmente sus herederos forzosos pudiesen interponer con posterioridad, acción de colación o de reducción- y que aquélla fue la única demandada en la acción de colación, ya no puede considerarse que los Sres. Fernández Pérez, al ser hoy los titulares registrales de los inmuebles en cuestión, no se encuentran legitimados para ser demandados por colación, con lo cual el argumento en el que se basa la sentencia para su rechazo queda sin sustento. _____

_____ En virtud de ello y atento todo lo expuesto anteriormente, el agravio en análisis también deviene procedente, correspondiendo en consecuencia revocar la sentencia de fs. 497/500 y hacer lugar a la acción de simulación interpuesta a fs. 46/50, punto II, 2° párrafo y a la acción de colación incoada en el punto II, 1° párrafo.). _____

_____ VII. Ahora bien, determinado que la acción de colación interpuesta en contra de María Pérez Martínez resulta procedente, corresponde analizar los efectos que producirá teniendo en cuenta que las Matrículas N° 389 y 391 son los únicos bienes que integran el acervo hereditario de la Sra. María Martínez Cuevas (cfr. Expte. Sucesorio N° 321473/10). _____

_____ Tal como se dijo “ut supra”, la acción de colación no afecta al bien en sí mismo sino que se concreta mediante el cómputo del valor del bien donado

en la hijuela del heredero forzoso donatario. Por lo tanto, el deudor de la colación es deudor de un valor, y no de una cosa determinada. En este sentido se dijo que la colación entre herederos forzosos en nuestro derecho positivo se resuelve en una operación contable que computa el valor del bien o cosa donada para reunirlos ficticiamente al caudal hereditario a los fines de establecer ad valorem la masa partible (Zannoni, Derecho de las Sucesiones” T I, p. 693, N° 687). _____

_____ Ahora bien, cuando la donación colacionable tiene un valor inferior o igual a la participación del donatario en la herencia no existe inconveniente, ya que éste debe tomar de menos o no tomar nada si la donación cubre su cuota. La dificultad se produce cuando el valor de la donación excede la cuota del beneficiario, pues la circunstancia en la cual aquel valor supera la porción hereditaria del heredero donatario -incluida la porción disponible si hubiera dispensa- lesionando la integridad de la cuota legítima de los coherederos al no quedar otros bienes en la herencia para cubrirla, fue una cuestión no prevista en el Código Civil de Vélez. _____

_____ Ello dio lugar a diferentes posturas doctrinarias, las que fueron sintetizadas por Eliana M. González Moreno en tres tesis. Tesis A: Cuando el valor de la donación efectuada por el causante a un heredero forzoso supera su cuota de legítima individual, el donatario sólo debe colacionar hasta ese límite y no es admisible la acción de reducción. Quienes se enrolan en esta tesis sostienen que sólo son atacables por reducción las donaciones efectuadas a extraños, fundando su posición en que el Código Civil prevé una regulación específica para el caso de beneficiarios herederos forzosos a quienes les otorga la acción de colación (arts. 3476 y 3477 del CC). Entiende esta autora que esa postura desvirtúa el sistema de nuestra ley, ya que no sólo estaría quebrantando la igualdad entre los legitimarios sino que estaría permitiendo una mejora tácita. Tesis B: Si el valor de la donación hecha por el causante a un heredero forzoso supera su cuota de legítima individual, surge un crédito por el exceso. Esta es la postura consagrada en el Proyecto de Código Civil de 1998, admitiéndose que la diferencia sea compensada en dinero. Esta postura

favorece el tráfico y la seguridad jurídica, manteniendo la acción dentro del círculo de relaciones internas entre los herederos forzosos. Sin embargo, al carecer de efecto reipersecutorio, no es del todo eficiente para proteger la legítima de éstos, ya que serán los coherederos quienes soporten la eventual insolvencia del heredero donatario. Tesis C: En esta postura se enrolan quienes consideran que la restitución del exceso implica la necesidad de reducir la donación hecha al heredero forzoso cuando se encuentra afectada su porción legítima. Eduardo Zannoni admite la acción de reducción contra donaciones hechas al legitimario cuando la mejora excede la porción disponible y además la cuota de la legítima del heredero, por el valor del exceso. Según su criterio esta posición permite resolver la donación, restituyendo el bien a la masa, aun cuando pueda el donatario o los subadquirentes de él, ofrecer pagar el valor del exceso a fin de neutralizar los efectos de la acción reipersecutoria. Esta posición es la que mejor preserva el sistema de las legítimas” (Colación y reducción entre herederos forzosos. Derecho vigente y derecho proyectado” DJ08/05/2013, 1)._____

_____ La tesis “C” recibió el aval de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As. - 2001). Allí se concluyó en el punto II) referido a la colación y reducción entre herederos forzosos: 1. La acción de colación de que gozan los herederos forzosos no obsta el ejercicio de la acción de reducción por parte de los mismos cuando se encuentra vulnerada la legítima hereditaria (unanidad con una abstención). 2. En el supuesto de ejercerse la reducción del exceso, el donatario podría ofrecer o asegurar el valor de lo reclamado a fin de neutralizar los efectos de la acción reipersecutoria (unanidad); en igual sentido concluyeron las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba - 2009): “La acción de reducción es ejercible contra los donatarios, ya sean herederos forzosos, herederos voluntarios o extraños siempre que se viole la legítima del heredero reclamante (por mayoría)”_____

_____ En definitiva, cuando el valor de la donación excede la porción legítima del donatario, se conculca la legítima de otro heredero legitimario y por ello, deja de actuar la colación para entrar a regir la reducción. En esta

hipótesis ya no corresponde igualar las porciones de los herederos forzosos sirviéndose de operaciones contables, sino que hay que aplicar la reducción para defender la legítima violada del heredero forzoso (Nora Lloveras, Olga Orlando y Fabián Faraón, Derecho de las Sucesiones, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, T I, pág. 400/401). En igual sentido se ha dicho “Si bien las donaciones a herederos forzosos se rigen por las reglas de la colación, ello será en tanto y en cuanto el valor de la donación no exceda la porción disponible y la porción legítima del donatario, o la porción legítima si no hay dispensa, pues más allá de esta última el exceso del valor donado ya no se puede considerar anticipo de herencia, puesto que no queda cuota legítima para compensar, desde que ya quedó agotada” (Código Civil y Comercial Comentado –Tratado exegético – Jorge Alterini –Director General, Ed. La ley, Buenos Aires, año 2015, T. XI, pág. 444/445).

_____ Resulta importante destacar que el Código Civil y Comercial recoge esta última postura en su art. 2386 en concordancia con los arts. 2453 y 2458, disponiendo que la donación hecha al descendiente o al cónyuge que excede el valor de la porción legítima del donatario más la porción disponible está sujeta a reducción y no simplemente a colación por ese exceso. Asimismo, en los “Fundamentos” se manifiesta que con ello se soluciona un problema oscuro en la doctrina nacional: el de si las donaciones que exceden la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario están sujetas a reducción o si sólo se debe el valor del excedente a modo de colación. Se ha estimado preferible la solución según la cual, aunque haya dispensa de colación o mejora, esa donación está sujeta a reducción por el valor en exceso. Por lo tanto y si bien estos artículos del CCyC no serían aplicables al supuesto de autos, resultan conducentes a la dilucidación del problema planteado a la luz de la doctrina mayoritaria que propiciaba la misma solución a la que luego el legislador adhirió.

_____ En virtud de ello y compartiendo la doctrina mayoritaria, corresponde -como consecuencia de la procedencia de ambas acciones y no existiendo dispensa- declarar la nulidad de las compra-ventas instrumentadas en las

Escrituras Públicas N° 230 de fecha 04/09/98 y N° 2 de fecha 25/01/02, y ordenar el reintegro de los inmuebles Matrículas N° 389 y 391 al patrimonio de la Sra. María Martínez Cuevas, a los fines de poder realizar la partición de su acervo hereditario en el Expte. N° 321473/10, conforme legalmente corresponda. _____

_____ En cuanto a las costas, se imponen a los demandados vencidos en ambas instancias, atento el principio objetivo de la derrota (arts. 67, 68 y 273 del CPCC). _____

_____ El Dr. Alfredo Gómez Bello dijo: _____

_____ Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA QUINTA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA,** _____

_____ I) **HACE LUGAR** a los recursos de apelación interpuestos a fs. 505 por el co-actor, Sr. Abelardo Pérez Martínez, con el patrocinio letrado de la Dra. Natalia Pamela Mayor y a fs. 512 por el Dr. Javier Astudillo Ponce, en representación de los co-actores, Sres. Esteban Anselmo y Fernando Daniel Pérez Kralik, y en su mérito, **REVOCA** la sentencia de fs. 497/500, **HACE LUGAR** a la acción de simulación interpuesta a fs. 46/50, punto II, 2° párrafo y a la acción de colación incoada en el punto II, 1° párrafo, **DECLARANDO** la nulidad de las compra-ventas instrumentadas en las Escrituras Públicas N° 230 y 2, y **ORDENANDO** la restitución de los inmuebles Matrículas N° 389 y 391 al patrimonio de la Sra. María Martínez Cuevas, a los fines de poder realizar la partición de su acervo hereditario en el Expte. N° 321473/10, conforme legalmente corresponda. _____

_____ II) **IMPONE** las costas de ambas instancias a los demandados vencidos (arts. 67, 68 y 273 del CPCC). _____

_____ III) **COPIESE**, regístrese, notifíquese y **REMÍTASE**. _____