

Sucesión*

Art. 3609 del cód. civil: contratos de apariencia onerosa; colación; contratos gratuitos; mejora; oportunidad y forma; procedencia. Intereses: Casuística: colación; devengamiento; oportunidad.

1. El art. 3604 del cód. civil se refiere a los contratos que, en apariencia, son onerosos. Si, por el contrario, fueran ostensiblemente gratuitos, deben aplicarse las reglas de la colación, de tal modo que el valor de los bienes no se imputa a la parte disponible, sino a la porción hereditaria del beneficiario.

2. No se configura en el caso el supuesto contemplado por el art. 3604 del cód. civil, pues no se trata de un contrato oneroso que simuladamente encubre una donación, sino que, lisa y llanamente, el acto por el cual la causante transfirió la nuda propiedad a su hijo fue una donación.

3. Cuando el art. 3604 del cód. civil alude a los herederos "que hubiesen consentido en la enajenación", lo que se quiere mencionar es el consentimiento al carácter oneroso de la enajenación. Ese consentimiento, en todo caso, hace cesar la presunción de gra-

titud del acto pero, en la especie, puesto que se trata de una donación, era claramente innecesario.

4. Las donaciones que el causante hubiese hecho en vida al legítimo que acepta la herencia se imputan en principio a su porción hereditaria como anticipo de herencia. Pero si en el testamento del donante se le dispensase de colacionar el valor del donatum, este se imputará a la porción disponible a título de mejora.

5. La dispensa de la colación puede establecerse o formularse de cualquier modo que, claramente, no deje dudas sobre la intención de mejorar al donatario aun cuando no se diga expresamente que se mejora al legítimo. Pero, eso sí, la dispensa no puede hacerse sino en el testamento.

6. Los herederos no deben los intereses y frutos sobre las cosas sujetas a donación, ni siquiera

* El Derecho, 11/02/08.

desde la apertura de la sucesión. Se explica que así sea, porque lo que esta institución se propone es mantener la igualdad del capital de los herederos, pero no recae sobre rentas que normalmente se consumen. Sin embargo, no cabe una solución análoga con respecto a los accesorios devengados a partir de la interpelación al deudor de la obligación a colacionar, pues si bien el origen del crédito se remonta a la fecha de la apertura de la sucesión, recién a partir del requerimiento de las actoras se ha constituido en mora al demandado. Por ello, es desacertado el devengamiento de los intereses desde la muerte del causante, puesto que, en puridad, el deudor no se encontraba en mora.

7. No debe conmutarse el valor total del inmueble a los efectos de calcular los accesorios, sino que únicamente debe tomarse como base la porción que les corresponde a las herederas que incoaron la acción de colación. Si, por hipótesis, se aplicaran intereses sobre el valor total del bien, el propio demandado debería afrontar esos accesorios sobre la porción que le corresponde del inmueble. M.M.F.L.

55.128. CNCiv., sala A, agosto 23-2007. Scasso, Jeannette Liliana y otro c. Scasso, Alejandro Daniel s/colación.

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 23 días del mes de agosto del año dos mil siete, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la sala A de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: "Scasso, Jeannette Liliana y otro c. Scasso, Alejandro Daniel s/colación", respecto de la sentencia de fs. 233/243, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores: Ricardo Li Rosi, Jorge Escuti Pizarro y Hugo Molteni.

A la cuestión propuesta el doctor Li Rosi, dijo:

I. La sentencia de fs. 233/243 admitió la demanda entablada por Jeannette Liliana y Mónica Ivonne Scasso contra Alejandro Daniel Scasso y, en consecuencia, lo condenó a computar y colacionar a los fines de la integración de la masa hereditaria, el valor

total del inmueble sito en la calle Batalla del Pari 729/31 de esta Ciudad. Impuso las costas del juicio al demandado vencido y ordenó el devengamiento de intereses a la tasa pasiva que fija el Banco Central de la República Argentina desde la muerte del causante hasta el día del efectivo depósito, que serían delimitados en el momento de ejecutar la sentencia de colación.

Apelaron ambas partes. La actora expresó agravios a fs. 261/262, mientras que el emplazado hizo lo propio a fs. 275/286, mereciéndose recíprocas réplicas de fs. 289/290 y de fs. 294/300.

II. La colación, en nuestro derecho positivo, puede ser definida como la imputación de las donaciones realizadas en vida por el causante a cualquiera de los herederos forzosos que concurren a la sucesión, respecto de la parte o porción que al beneficiario de la donación (donatario) corresponde en la herencia. En virtud de esta imputación se añaden a la masa hereditaria todos los valores donados por el causante a cualquiera de los legitimarios que tienen llamamiento a la herencia, los que, es obvio, se sumarán al valor total constitutivo del caudal relicto (conf. Zannoni, Eduardo A., *Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed., Astrea, t. 1, p. 737, nº 741). Pretende mantener, dentro de lo posible, la igualdad entre los herederos legitimarios. De allí, la entidad del llamado anticipo de herencia. En ese sentido, dispone el art. 3476 del cód. civil que "toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipación de su porción hereditaria". No se requiere, por supuesto, partir de una presunta voluntad del *de cuius*, según la cual las donaciones que efectuó en vida no tuvieron por fin mejorar al heredero, sino sólo anticiparle los valores de la futura sucesión (conf. Barbero, Doménico, *Sistema de Derecho Privado*, tr. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1967, t. V, p. 157, nº 1080; Lafaille, Héctor, *Curso de Derecho Civil, Sucesiones*, comp. por I. P. Argüello y P. Frutos, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1932-1933, t. I, p. 334, nº 487; Fornieles, Salvador, *Tratado de las Sucesiones*, 4ª ed., Buenos Aires, Tea, 1958, t. I, p. 369, nº 298; Zannoni, Eduardo A., ob. cit., pp. 737/738, nº 473). La referencia a la donación "entre vivos" -como si pudiese haber otra por causa de muerte-, inequívocamente remite al Código galo.

La colación no existía en el derecho romano primitivo. Fue introducida por el pretor cuando este permitió que los hijos emancipados sucedieran a sus padres; se les obligó a colacionar los bienes que habían adquirido por su cuenta después de su emancipación y que hubieran sido propiedad de su *pater*, si hubiesen continuado bajo su potestad. La hija dotada también estaba obligada a la colación de su dote (*collatio dotis*). Esas primeras aplicaciones de la *collatio bonorum* no tenían ninguna semejanza con nuestra colación actual. Pero cuando los hijos que seguían bajo la potestad paterna adquirieron también el derecho de poseer como propios bienes distintos del patrimonio paterno, la *collatio* cambió de objeto: en lugar de aplicarse a todo lo que el hijo emancipado había adquirido de una manera cualquiera, no fue exigida más que

para lo que había recibido del padre y los hijos bajo la patria potestad fueron sometidos a ella.

La reforma fue bastante tardía. Recién en los siglos V y VI aparece la *collatio descendentium*, fundada en la idea de que los ascendientes no han querido quebrantar la igualdad entre sus hijos. Fue aplicada por la Novela 16 de Justiniano a los herederos testamentarios, pero la colación fue exigida para ciertas donaciones.

En las regiones del derecho escrito se siguió sobre este punto a las reglas romanas. La colación nunca tenía lugar más que en las sucesiones deferidas a los descendientes (*inter frates*); no se aplicaba más que a las donaciones entre vivos y nunca a los legados y era siempre posible liberarse renunciado. Por su parte, en las regiones consuetudinarias, las costumbres variaban mucho. Por derecho común se admitía la regla romana para las donaciones: la colación de las mismas no era obligatoria más que para los descendientes; la extensión a los ascendientes de la colación de las donaciones era una excepción. Pero se había introducido una nueva regla para los legados: su colación era obligatoria aun en línea colateral; nadie podía ser al mismo tiempo heredero y legatario (art. 300, Costumbres de París); había una incompatibilidad entre esas dos condiciones.

En cuanto al carácter obligatorio o facultativo de la colación, las Costumbres se dividían en tres grupos: las Costumbres de igualdad perfecta, que no dejaban al heredero ningún medio de eludir la colación: el difunto no podía dispensarlo de ella y él mismo no podía sustraerse a ella renunciando. Si bien eran las más antiguas, eran poco numerosas; las Costumbres de simple igualdad, donde el difunto no podía acordar una dispensa, pero el heredero podía eximirse de colación renunciando. Tenía, pues, opción entre su donación o legado y su condición de heredero. Frecuentemente, estas costumbres eran llamadas "costumbres de opción", eran las más numerosas y las de París estaban entre ellas. Finalmente, las Costumbres de mejora autorizaban al disponente a acordar una dispensa de colación, lo que permitía al sucesor favorecido recibir su donación sumándola a su parte en la sucesión, a título de mejora. Tampoco eran muy numerosas.

Con su espíritu exagerado de igualdad, la ley del 17 Nivoso del año II consagró el sistema de las costumbres de la igualdad perfecta, haciendo que la colación siempre fuese obligatoria. Pero esa ley duró poco y otra ley del 4 Germinal del año VIII la reemplazó por el sistema de las costumbres de mejora, que fue adoptado definitivamente por el Código Civil francés. El art. 843 del citado ordenamiento dejó sentado una regla según la cual toda donación hecha a un heredero que entra en la partición está sometida a colación, a menos que haya sido hecha por mejora y fuera de parte. Sin embargo, la idea en que se funda la obligación de la colación no es la misma que en el derecho consuetudinario. La institución de la colación estaba unida al antiguo derecho

francés al principio de la igualdad forzosa entre los herederos y a la teoría de la desheredación. Desde el momento en que el padre no había pronunciado la desheredación en los casos en que ésta era admitida, debía ser seguida la regla sucesoria de la igualdad entre los hijos y la colación tenía por finalidad asegurar su sanción. Las costumbres de igualdad perfecta o aun de simple igualdad no toleraban ninguna derogación, de manera que el padre no podía castigar o recompensar a uno de sus hijos o tener en cuenta su situación infortunada. En las costumbres de mejora, por el contrario, la dispensa de la colación permitía atemperar el principio de igualdad, lo que era una mejor solución práctica.

El Código galo consideró de otra manera el problema. El padre es privado del derecho a desheredar. Además se le sigue imponiendo la igualdad estricta para el reparto de la legítima y toda donación tomada de la legítima da lugar a una colación con fines de reducción, cuando es otorgada a un sucesor llamado a la partición. Pero el padre tiene entera libertad para la adjudicación de la porción disponible. Puede o bien querer favorecer al hijo haciendo recaer la donación sobre la porción disponible, o bien consentir un simple adelanto sobre esa porción a la que pretende no tocar y que deberá hallarse intacta en la sucesión. La donación será hecha en concepto de mejora y fuera de parte en el primer caso, como adelanto de herencia en el segundo. Se trata, pues, de interpretar la voluntad del causante. La regla según la cual toda donación es en principio colacionable se basa en la presunta voluntad del donante; el donante puede, desde luego, invertir la regla legal expresando la voluntad contraria (conf. Ripert, Georges-Boulanger, Jean, "Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol", La Ley, t. X, vol. 2º, Sucesiones, segunda parte, pp. 332 y sigs., nº 2839/43, trad. por Delia García Daireaux, sup. por Jorge Joaquín Llambías).

Puesto que en su forma originaria, el art. 843 del cód. francés sometía a colación tanto a los legados como a las donaciones, cometándose un error histórico, o por lo menos una supervivencia anacrónica de la regla del derecho antiguo, fue necesario esperar la ley del 24 de marzo de 1898 para que fuese rectificada esa norma, estableciéndose que los legados son hechos como mejora y fuera de parte, a menos que el testador haya expresado su voluntad contraria (conf. Ripert, Georges-Boulanger, Jean, ob. cit., pp. 335/336, nº 2844).

El Derecho español, en cambio, siguió los lineamientos generales de los principios del derecho romano (Ley III, Título V, Partida VI; Ley XXIX de Toro). Siguieron este sistema el Código Civil alemán (art. 2050, BGB) y el Código Civil italiano de 1942 (art. 737). Nuestro Código Civil, al igual que el Código Civil español, imitando al Código Civil francés, imponen la colación respecto de todo heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean a una sucesión (conf. Zannoni, ob. cit., p. 740, nº 745).

En la especie, Jeannette Liliana y Mónica Ivonne Scasso demandaron a su hermano Alejandro Daniel Scasso por la donación que su madre, Juana Adriana Marbot, le hizo sobre el inmueble de la calle Batalla del Pari 731 de esta Ciudad, con fecha 14 de septiembre de 1993, donde la donante se reservó el derecho real de usufructo en forma vitalicia y el derecho de reversión (ver fs. 4/9). En ese mismo acto, las actoras prestaron conformidad con la donación efectuada por su madre. Producido su fallecimiento, se inscribió en el Registrado de la Propiedad Inmueble, cancelándose el usufructo y adquiriendo el emplazado el dominio pleno del bien, que luego lo donó a su hija Antonella (conf. fs. 11/14).

El demandado trae novedosamente a esta Alzada como defensa, la invocación del art. 3604 del cód. civil. Dicha norma, en su redacción original, prescribía que "si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos legítimos, aunque sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos legítimos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima". El Codificador reconoce como fuente de este artículo al 918 del cód. francés. En la nota, Vélez dice que "muchos padres, con el fin de eludir las leyes, fingen para preferir a un hijo, contratos onerosos que no son sino donaciones disfrazadas. La ley debe suponer que estos contratos son simulados. Esta presunción es *juris et de jure* contra la cual no se admite prueba".

La legislación revolucionaria de Francia fue en esta materia drástica: bajo la inspiración del *droit coutumier* una ley del 17 Nivoso, año II, prohibió todas las donaciones con cargo de una renta vitalicia o a fondo perdido en línea directa o colateral a uno de los herederos presuntivos o a sus descendientes, a menos que los parientes del grado del adquirente o de los grados más próximos interviniesen consintiendo en la donación. Tal prohibición se fundaba en el principio de la igualdad perfecta entre los herederos, que impediría, de consagrarse rígidamente, que el causante pudiese mejorar a cualquiera de ellos o que le dispensase de colacionar las donaciones que le hubiese hecho en vida. Sin embargo, el Code adoptó una solución de transacción: si bien estableció que todo heredero debe colacionar, se permite al causante mejorarlo "hasta la concurrencia de la parte de libre disposición" (art. 844).

Fue precisamente en concordancia con esta solución de transacción que en las deliberaciones del Consejo de Estado, Bigot de Préameneu elevó a su consideración el proyecto del capítulo relativo a la porción de bienes disponibles y a la acción de reducción, en el cual se incluía un artículo que expresamente dispondría: "El valor en plena propiedad de los bienes donados con cargo de renta vitalicia y de los vendidos a fondo perdido o con reserva de usufructo a uno de los sucesibles en línea directa será imputa-

da sobre la porción disponible". Se aludía a los bienes donados con cargo de una renta vitalicia, y a los vendidos a fondo perdido o con reserva de usufructo en razón de que, en ambos casos, hay una apariencia de onerosidad que, en realidad, puede encubrir lisa y llanamente la donación gratuita del bien. Sin embargo, al oponerse a la incorporación de semejante norma, Maleville y Portalis respondieron que las enajenaciones previstas en el proyecto podían ser sinceras y sin fraude, y que, entonces, sería muy injusto crear una presunción de fraude que incitara al padre a contratar con extraños. De ahí que Cambacérés propugnara que se suprimiese el artículo, pero que quedasen autorizados a probar la simulación.

Iban a prevalecer en la discusión y a obtener que fuera suprimido el artículo, cuando Berlier, para salvar la disposición, propuso descartar la presunción cuando los coherederos del adquirente hubieran consentido en la operación. Esa proposición fue admitida, aunque los redactores del precepto no se dieron cuenta de que consagraba una derogación de la prohibición de pactos sobre la sucesión futura (conf. Zannoni, Eduardo A., *Derecho de las Sucesiones*, t. 2, págs. 212/213, nº 1001 y sus citas de Mazeaud, de derecho civil", parte IV, vol. II, p. 304, nº 919; Planiol-Ripert, "Tratado práctico de derecho civil francés", t. V, p. 78, nº 71; Josserand, "Derecho Civil", t. III, vol. III, p. 296, nº 1700).

Fue así que el art. 918 del cód. francés, fuente de nuestro art. 3604, quedó redactado de la siguiente manera: "*La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit á charge de rente viagère, soit á fonds perdu, ou avec reserve d'usufruit á l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible; et l'excédent, s'il y en a, sera rapporté á la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consentir á ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale*".

Dos diferencias sustanciales se advertían entre este texto y el de Vélez Sársfield. La primera alteración sustancial estaba dada cuando nuestro codificador hacía referencia a la plena propiedad del bien ("si el testador ha entregado, por contrato, en plena propiedad, algunos bienes") cuando en la fuente se alude a la imputación del valor en pleno dominio a la porción disponible, y si hubiese exceso a la porción del heredero. Esta diferencia permitió afirmar que nuestro art. 3604 incurrió en una contradicción conceptual, pues cuando se enajena un bien -o "se entrega"- con reserva de usufructo, en puridad no se está transmitiendo el dominio pleno, sino sólo la nuda propiedad. En el Code, en cambio, el precepto tenía el sentido de imputar a la porción disponible del causante el valor en pleno dominio y no sólo el valor de la nuda propiedad, precisamente por considerar que la intención real del causante era donar gratuitamente el bien. Pero la que vino a constituir la diferencia fundamental con la fuente, fue la referencia a los contratos por los cuales el causante ha entregado algunos bienes "en plena propiedad", añadiendo: "aunque sea con cargo de una renta vitalicia o con reser-

va de usufructo". Así dicho se oscurece el sentido y los alcances que el codificador quiso dar al precepto. Si hubiese utilizado la conjunción "cuando" en lugar de "aunque" ("cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo") se habría logrado el auténtico sentido que la norma debió tener, según su fuente.

Lo cierto es que, antes de la reforma de 1968, se delinearon dos grandes interpretaciones en torno de los alcances del art. 3604. Una primera, que fue adoptada en varios pronunciamientos judiciales (sobre todo hasta 1930), consideraba que la norma debía interpretarse ampliamente, es decir, comprendiendo todo contrato oneroso en virtud del cual el causante hubiese hecho enajenaciones a cualquiera de los legitimarios. Para así razonar se tuvo en cuenta que, conforme a su letra, el art. 3604 ampliaba el ámbito de aplicación del art. 918, lo cual, a su vez, quedaría corroborado por la nota de Vélez a esa norma (conf. Llerena, B., *Concordancias y comentarios*, t. IX, p. 553 y sigs.; Fornieles, S., ob. cit., t. II, p. 131; Laje, "La transmisión onerosa de bienes a los legitimarios", LL, 75-913; Poviña, "Contratos onerosos celebrados entre el causante y uno de sus herederos legítimos", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe*, 1950-25; Argañarás, "Las enajenaciones de bienes al heredero forzoso y el art. 3604 del cód. civil", LL, 46-72 y citas jurisprudenciales en nota 95 de Zannoni, Eduardo, ob. cit., pp. 214/215, nº 1002).

Sin embargo, muchos y valiosos argumentos en contra hicieron prevalecer, más tarde, una interpretación restrictiva. Básicamente se tenía en cuenta el criterio restrictivo con que en Francia se interpretó el art. 918 del Code en modo pacífico a partir del fallo plenario de la Corte de Casación de 1875. Según entendió el tribunal, esa norma, que ordena la imputación sobre la porción disponible y la colación por el excedente del valor en plena propiedad de los bienes enajenados sea con cargo de renta vitalicia, sea a fondo perdido o con reserva de usufructo a uno de los sucesibles en línea directa, no es aplicable sino a los actos de enajenación que, en razón de cargas vitalicias impuestas al adquirente, revisten la forma aparente de enajenaciones a título oneroso. En consecuencia, no se aplica a las donaciones puras y simples (ver Zannoni, Eduardo, ob. cit., pp. 216, nº 1002; Erdozain, "El art. 3604 del cód. civil; sus antecedentes y su reforma", JA, 1970-471).

Se argumentó también que la presunción de gratuidad tiene sentido en las ventas con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo, en las que a la muerte del causante nada queda en su patrimonio, pero no en los demás casos, que podrán ser objeto de impugnación según las normas generales en materia de simulación (conf. Segovia, "El Código Civil de la República Argentina", t. II, p. 555, nota 32; Machado, "Exposición y Comentario", t. IX, pp. 405 y sigs.; Lafaille, ob. cit., t. II, p. 184, nº 251; Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil-Sucesiones", t. II, nº 953; Prayones, "Nociones de Derecho Civil", p. 247; De Gásperi, "Tratado", t. II, nº 265). Zannoni acota que a todos estos argumentos hubiera podido añadirse otro: de acogerse la tesis amplia, el

resultado sería que mientras toda donación franca del causante al legitimario sería colacionable, es decir, considerada por la ley como un anticipo de herencia (art. 3476); en cambio, la donación simulada por la presunción legal del art. 3604 constituiría una mejora tácita, pues el valor del bien adquirido por el legitimario se imputa en primer lugar a la porción disponible. La distinta imputación en uno y otro caso no tendría otra justificación que la sola circunstancia de encubrirse la donación en el segundo caso, bajo una apariencia de onerosidad presumida *iuris et de iure* como simulada (conf. ob. cit., p. 217).

En ese contexto, la reforma de la ley 17.711 del año 1968 vino a zanjar la disputa interpretativa, sustituyendo la conjunción "aunque" por "cuando". De modo que el nuevo art. 3604 quedó redactado de la siguiente forma: "si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima". Bajo esta nueva redacción, pues, es indudable que el artículo se refiere a los contratos que, en apariencia, son onerosos; si, por el contrario, fueran ostensiblemente gratuitos, deben aplicarse las reglas de la colación, de tal modo que el valor de los bienes no se imputa a la parte disponible, sino a la porción hereditaria del beneficiario (conf. Borda, ob. cit., pp. 123/124, nº 952).

Esas consideraciones bastan para concluir en la inaplicabilidad al caso de autos de la primera parte de la norma comentada, pues tampoco cabe sostener, como hace el recurrente, con cita de los Dres. Zannoni y Erdozain, que este artículo regula el supuesto de la transferencia de la propiedad a título gratuito en la forma en que lo propone. Es cierto que Zannoni expresa en su obra que si el causante se limitó a transferir la nuda propiedad, pero retuvo el dominio útil en su patrimonio reservándose el usufructo el acto cae en la previsión del art. 3604 del cód. civil, tanto en el caso de que la transferencia de la nuda propiedad en favor del legitimario haya sido onerosa (por un precio) o gratuita. Pero lo decisivo es que, en el párrafo siguiente, aclara que "es verdad que en la nota al art. 3604 el codificador alude sólo a los contratos onerosos. Pero no es menos cierto que si, por hipótesis, el causante dona la nuda propiedad y se reserva el usufructo, al momento de su fallecimiento el dominio útil se consolidaría en cabeza del donatario (el heredero forzoso) como consecuencia de la extinción del usufructo (arts. 2920, 2928, 2929 y concs.); de donde el valor colacionable se limitaría sólo al valor de la nuda propiedad (que fue el objeto de la donación), con lo que la maniobra del causante habría logrado prácticamente total eficacia, pues el dominio útil se consolidaría a la muerte del causante sin pasar a integrar el acervo hereditario" (conf. Zannoni, ob. cit., p. 219; Erdozain, ob., cit.). Tal es el

alcance de la opinión de estos autores y no el que pretende el recurrente. De lo contrario, quedaría excluido del acervo hereditario el dominio útil del bien donado, restringiéndose el valor colacionable a la nuda propiedad, lo que es francamente inadmisibile.

Es claro, entonces, que no se da, en la especie, el supuesto que regula la norma, pues no se trata de un contrato oneroso que simuladamente encubre una donación, sino que lisa y llanamente, el acto por el cual la Sra. Marbot transfirió la nuda propiedad a su hijo Alejandro fue una donación.

III. Tampoco podría el emplazado ampararse en la segunda parte de la norma comentada, pretendiendo hallar en el consentimiento que las actoras prestaron en ese acto, una valla formal a su reclamo.

Lo cierto es que el art. 3604 alude a los herederos "que hubiesen consentido en la enajenación". Pero la expresión no se refiere, literalmente, al consentimiento prestado en la enajenación, "porque dicha conformidad es innecesaria para el acto en sí, frente al derecho que tiene todo propietario de transmitir sus bienes a quien le plazca, mientras no existan incapacidades de derecho entre las partes. Lo que se quiere mencionar es el consentimiento al carácter oneroso de la enajenación" (conf. Maffía, Jorge O., "Tratado de las Sucesiones", Buenos Aires, 1981-1982, t. II, p. 519, nº 867; Zannoni, Eduardo, ob. cit., p. 224, nº 1012). Ese consentimiento, en todo caso, hace cesar la presunción de gratuidad del acto pero, en la especie, puesto que se trataba de una donación, era claramente innecesario.

Por otra parte, es errónea la afirmación del recurrente en el sentido que el consentimiento de las actoras importó una renuncia a la acción de colación. Tal endeble aseveración no sólo fue rebatida con las consideraciones que hasta aquí se vienen haciendo, sino que, por lo pronto, no cabría otorgarle los efectos de una renuncia tácita según las prescripciones del art. 3604 que los apelantes invocan.

IV. Descartada, entonces, esta novedosa defensa ensayada por el demandado, cabe preguntarse si debe colacionar el valor total del inmueble o si, por el contrario, debe computarse a la porción disponible del causante, interpretando que hubo una dispensa de su parte, colacionándose, por ende, aquello que la exceda.

Ante las claras previsiones del art. 3484 del cód. civil, es incontrovertible que la solución al problema es la colación del valor total del bien. En efecto, esa norma dispone que "la dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible". Quiere decir que las donaciones que el causante hubiese hecho en vida al legitimario que acepta la herencia, se imputan en principio a su porción hereditaria como anticipo de herencia (art. 3476). Pero si en el tes-

tamento del donante se le dispensase de colacionar el valor del *donatum*, este se imputará a la porción disponible a título de mejora (conf. Zannoni, Eduardo A., ob. cit, p. 783, nº 793).

Si bien es cierto que nuestro Codificador no repitió en esa norma el término “expresamente” del art. 843 del cód. francés y de las legislaciones que lo siguieron (art. 1036, cód. civil español) -recogido de la Novela 18 de Justiniano-, la dispensa de colación puede establecerse o formularse de cualquier modo que, claramente, no deje dudas sobre la intención de mejorar al donatario aun cuando no se diga expresamente que se mejora al legitimario. Pero, eso sí, la dispensa no puede hacerse sino en el testamento. En esto nuestro Código se aparta de la mayoría de los códigos civiles que admiten la cláusula de mejora en el acto de la donación (conf. Zannoni, Eduardo A., ob. cit, p. 783, nº 793) y lógicamente, la dispensa sólo puede efectuarla el causante, mas no los herederos.

V. Definida esa medular cuestión, debe establecerse el momento al cual debía referirse el valor colacionable. Son varias las posibilidades que se han ensayado en torno a este tópico: una opción sería según el valor que el bien donado tenía cuando la donación se efectuó; otra se refiere a la época de la apertura de la sucesión y una tercera, al tiempo en que se realizan las operaciones particionales.

Nuestro Código Civil no contenía ninguna norma sobre el particular. La doctrina y la jurisprudencia acudieron, sin embargo, al viejo art. 3602 relativo al modo de calcular la legítima. Esa norma establecía que para calcular la legítima, “al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones del mismo testador al tiempo en que las hizo”. Y es claro, si para calcular la legítima se computaban las donaciones según su valor al tiempo en que se hicieron, parece evidente que idéntico criterio debía imperar cuando las donaciones a un heredero legitimario se computaban para establecer el valor a colacionar.

Sin embargo, el problema habría de mostrar otra faceta. La aplicación de la directiva del art. 3602 del cód. civil para determinar el valor colacionable habría de provocar soluciones de flagrante injusticia cuando la diferencia de los valores de los bienes provenía de una circunstancia extrínseca y general, como lo era la depreciación monetaria. Frente a esta realidad, conspiraba contra la tutela de la igualdad de los herederos el hecho de que, mientras los bienes constitutivos del caudal relicto -quedados a la muerte del causante- se valuaban, como es obvio, a la época del fallecimiento, los valores colacionables se computaban al momento en que la donación se efectuó. Si existía un lapso más o menos dilatado entre este y el fallecimiento, acaecía que coexistían dos criterios diversos de valor. La inflación económica habrá beneficiado, así, al favorecido por la donación del causante, ya que a su respecto se imputaban en la

hijuela valores inferiores a los reales, compitiendo con los que debían ser considerados en la masa partible.

Ante tales circunstancias se recurrió a la hoy ya clásica consideración de las obligaciones de valor, reputándose que la que pesa sobre el coheredero forzoso que fue beneficiado en vida por una donación del causante, lo es (conf. Zannoni, Eduardo A., ob. cit., pp. 745 y sigs., nº 752/753 y citas de Casiello, "La deuda de valor", LL, 104-957; Colombo, "La depreciación de la moneda y las deudas de dinero y las deudas de valor", RDCO, I-1968-161; Gustavino, "El derecho civil ante la inflación", LL, 116-1080). Se argumentó, en tal sentido, que si bien el art. 3602 disponía que las donaciones, a los efectos del cálculo de la legítima, debían hacerse considerando el valor al tiempo de la donación, tal norma sólo excluía las variaciones intrínsecas del valor del bien donado. Sobre esta base, entonces, se consideró que si bien ha de tomarse el valor intrínseco que tenían las cosas al tiempo de la donación, la liquidación de ese valor, en dinero, debía practicarse al momento de la partición y teniendo en cuenta las alteraciones del poder de cambio de la moneda operada desde la donación hasta que se practique esa liquidación (ver citas jurisprudenciales en Zannoni, p. 747, nota 21). Tal fue el sentido del despacho aprobado en las I Jornadas de Derecho Civil en Santa Fe en el año 1963.

Esas consideraciones sirvieron para dar sustento a la reforma de la ley 17.711 al art. 3477 que, en su parte pertinente, establece que los valores colacionables "deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sean que existan o no en poder del heredero. Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso".

Tal ha sido el temperamento adoptado por la Sra. juez de grado, quien entendió que el cálculo efectuado por la perito en su informe de fs. 158/162 del día 20-5-05, refleja razonablemente el importe que hubiese correspondido al 9-1-02, fecha del fallecimiento de la Sra. Marbot. Pese a los esfuerzos del recurrente, que intenta justificar que el valor informado por la experta no se correspondía con el de la fecha de la apertura de la sucesión, recalcando la temporaneidad de las impugnaciones a la pericia, lo cierto es que su crítica se desvanece si, con un criterio de justicia, se acude a las consideraciones de las obligaciones de valor, tal como la doctrina y la jurisprudencia lo hizo antes de la reforma y del mismo modo que lo propicia la opinión de los autores más calificados en la actualidad (ver Zannoni, Eduardo, ob. cit., p. 749 y citas de Borda, Maffía, Pérez Lasala y extensos fallos jurisprudenciales, entre ellos uno de nuestro más Alto Tribunal del 4-7-78, ED, 87-715).

De allí que carezcan de asidero todas las argumentaciones que se hacen en el memorial en torno a la fuerza probatoria del dictamen pericial y del valor que cabría asignarle a sus impugnaciones. La suma de dólares noventa mil (US\$ 90.000) para una vivienda de 180 metros cuadrados y la de dólares veintisiete mil trescientos

(US\$ 27.300) por los 91 metros cuadrados del taller, de un bien ubicado en el barrio de Villa Crespo, no parece descabellada ni irrazonable, en un mercado que ha marcado notables vaivenes desde que nuestro país se alejó de la paridad cambiaria con el dólar estadounidense.

De cohonestarse el criterio que propicia el recurrente, se incurriría en una notable desigualdad entre los herederos, pues el donatario se beneficiaría del mayor valor del bien en desmedro de las restantes herederas.

VI. Es cierto que es principio aceptado unánimemente que los herederos no deben los intereses y frutos sobre las cosas sujetas a donación, ni siquiera desde la apertura de la sucesión. Se explica que así sea, porque lo que esta institución se propone es mantener la igualdad de capital de los herederos, pero no recae sobre rentas que normalmente se consumen (conf. Borda, ob. cit., p. 493, nº 648 y doctrina y jurisprudencia citada en nota 1021). Esa postura se ve reforzada con el criterio del codificador en la nota del art. 3477.

Sin embargo, no cabe una solución análoga con respecto a los accesorios devengados a partir de la interpelación al deudor de la obligación a colacionar, pues si bien el origen del crédito se remonta a la fecha de la apertura de la sucesión, recién a partir del requerimiento de las actoras se ha constituido en mora al demandado. Por ello es desacertado el devengamiento de los intereses desde la muerte del causante, puesto que, en puridad, el deudor no se encontraba en mora.

Desde esta perspectiva, corresponde fijar la tasa pura del 6% anual desde la interpelación al deudor, que ha operado con la notificación de la demanda de colación (ver fs. 56) hasta el pronunciamiento de grado y de ahí en más, a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina.

Le asiste razón al emplazado en punto a que no debería computarse el valor total del inmueble a los efectos de calcular los accesorios, sino que únicamente debe tomarse como base los dos tercios que le corresponden a sus coherederas. Si, por hipótesis, se aplicaran intereses sobre el valor total del bien, el propio demandado debería afrontar esos accesorios sobre la porción que le corresponde del inmueble.

Con estos alcances, pues, propongo que se modifique el decisorio de grado en torno a los intereses sobre los valores colacionables.

VII. El ordenamiento procesal vigente adhiere al principio generalmente aceptado en la legislación nacional y extranjera cuyo fundamento reside básicamente en el hecho objetivo de la derrota, como base de la imposición de la condena en costas.

Si bien el referido principio no es absoluto, ya que el propio Código Procesal contempla distintas excepciones, algunas impuestas por la ley y otras libradas al arbitrio judicial, tal como lo dispone el art. 68 en su párr. 2º, esa norma importa una sensible atenuación al principio general al acordar a los jueces un adecuado marco de arbitrio que deberá ser ponderado en cada caso particular y siempre que resulte justificada tal exención (conf. CNCiv., esta sala, R. 44.344 del 17-4-89 y sus citas; íd., R. 72.781 del 14-8-90; íd., R. 136.124 del 16-11-93; R. 150.684 del 4-7-94).

En tal sentido, esta sala tiene decidido que la sola creencia subjetiva de la razón probable para litigar, no es por sí suficiente para eximir del pago de las costas al perdedor, pues es indudable que -salvo hipótesis de actitudes maliciosas- todo aquel que somete una cuestión a los tribunales de justicia es porque cree tener la razón de su parte, mas ello no lo exime del pago de los gastos del contrario si el resultado no le es favorable. Sólo es admisible esta causal de eximición frente a las características peculiares y dificultades del asunto, pero en tales supuestos, la razón probable para litigar debe encontrarse avalada por elementos objetivos de apreciación, de los que se infiera la misma sin lugar a dudas (CNCiv., esta sala, L. 112.907 del 11-8-92 y sus citas), circunstancias que no se dan en la especie, en tanto que al margen que la norma que invocó como defensa (art. 3604, cód. civil) no es aplicable al caso de autos, recién la trajo a colación en esta Alzada, sin hacerlo en la oportunidad de contestar demanda. Por ende, bien hizo la Sra. juez de la anterior instancia en imponerle las costas del juicio, ya que no existen razones suficientes para apartarse de aquel principio general de la derrota.

VIII. Finalmente, los agravios de las actoras que giran en torno a la decisión de la Sra. juez de grado de diferir los honorarios de los profesionales intervinientes hasta que se encuentren concluidos los autos sucesorios, invocando el art. 33 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432, resultan prematuros y por ende inactuales, en la medida que la Sra. juez de la anterior instancia aún no explicitó cuál será el criterio para definir la base regulatoria de los honorarios, que aún no ha establecido (conf. esta sala, voto del Dr. Hugo Molteni en libre nº 453.825 del 20-7-06).

IX. En definitiva, de compartirse mi criterio, debería confirmarse la sentencia apelada en todo cuanto decide y fue objeto de agravios, con excepción del devengamiento de intereses, que deberían devengarse conforme a lo propiciado en el apartado VI. En cuanto a las costas de Alzada también deberían ser soportadas por el demandado atento a haber sido sustancialmente vencido (conf. art. 68, cód. procesal).

Los doctores Escuti Pizarro y Molteni votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor Ricardo Li Rosi.

Y Vistos: Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se confirma la sentencia apelada en todo cuanto decide y fue objeto de agravios, con excepción del devengamiento de intereses, que se calcularán conforme a lo propiciado en el primer voto. Con costas de Alzada al demandado (conf. art. 68, cód. procesal). Los honorarios serán regulados cuando se haga lo propio en la instancia de grado. Notifíquese y devuélvase. *Ricardo Li Rosi. Jorge Escuti Pizarro. Hugo Molteni.*