CNCiv., Sala J, 06/04/2010. - S. J., L. E. c. S. J., R. E. s/colación

**Prueba de Testigos:**
Imposibilidad de ofrecer como testigos a los parientes consanguíneos o afines en la línea vertical.
**Sucesión:**
Colación: necesidad de ser requerida por sucesor forzoso; aplicación del principio dispositivo.
**Prueba:**
Conducta de las partes en el proceso: elemento corroborante de las pruebas sobre la base de los hechos alegados; indicio; eficacia.
**Recurso de Apelacion:**
Requisitos de proceder.
**Actos y Hechos Jurídicos:**
Teoría de los actos propios: concepto; aplicación del principio venire contra factum proprium nemo potest; inexcusabilidad del error de hecho accidental.
**Sentencia:**
Requisitos: facultad del juez; iura novit curia.

Buenos Aires, a los 6 días del mes de abril de 2010, reunidas las Señoras Jueces de la Sala “J” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: “S. J., L. E. c/ S. J., R. E. s/ colación”.

La Dra. *Zulema Wilde* dijo:

Contra la sentencia de fs. 329/335 se alzan la parte actora, quien expresa agravios a fs. 364/366 vta., y la demandada, quien hace lo propio a fs. 357/359 vta. Corridos los traslados de ley pertinentes, los mismos fueron evacuados a fs. 371/372 vta. por la accionada y a fs. 367/369 vta. por la accionante. A fs. 374 emite dictamen el Sr. Fiscal General. Con el consentimiento del auto de fs. 375 quedaron los presentes en estado de resolver.

I. La sentencia de autos hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por acción de colación iniciada por L. E. S. J. contra su hermano R. E. S. J., condenando a este último a abonar la suma de pesos once mil ochocientos setenta y cinco ($ 11.875), con más los intereses devengados desde el 24 de agosto del 2000 a la tasa activa (cartera general préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina y hasta el cumplimiento de la sentencia.

La acción de colación está referida a una liberalidad colacionable, en este caso, respecto a una suma de dinero que le habría donado su madre A. A. de S. J. a su hijo R. E. S. J., con el fin de poder completar el precio de la compraventa del inmueble sito en la calle Griveo 2301/15, unidad 1 de esta ciudad.

II. Ambas partes se quejan de la decisión adoptada; mientras la demandada sostiene que se ha modificado el “thema decidendum” y esgrime que con ello se ha vulnerado su derecho de defensa en juicio, la actora entiende que debe tenerse en cuenta la conducta observada por su contraria durante la sustanciación de los presentes, ocultando deliberadamente que era titular del 25% del condominio que existía entre él y su madre. También la actora esgrime que las testimoniales brindadas son al menos contradictorias e inviables para acreditar los préstamos alegados por su hermano.

III. En primer lugar, debe rescatarse que, como regla general, los jueces nacionales no proceden de oficio sino a petición de parte (art. 2 de la ley 27 y artículo 163, inc. 6 del CPCCN y disposiciones concordantes).

Por aplicación del principio dispositivo, la decisión de los magistrados debe ser congruente con la forma como ha quedado trabada la litis. No se debe ir más allá de las pretensiones que fueron formuladas. Es decir, que la sentencia debe ajustarse estrictamente a las cuestiones articuladas que, en principio, fueron fijadas en el escrito de demanda y en la contestación respectiva.

La actora afirmó, en su escrito de inicio, que su señora madre era propietaria en condominio con su hermano en partes iguales de la finca de la calle Helguera ... de esta ciudad, y consecuentemente sostuvo que aquélla había hecho una “donación manual” de veintiocho mil quinientos dólares estadounidenses (USD 28.500) a R. E. S. J. (ver fs. 13, 14 y 15). Sobre esa base concreta solicitó la colación, argumentando que se afectaba la porción legítima que le correspondía en la sucesión, sin iniciar otra acción más que la articulada por esa suma de dinero determinada. (Arts. 1889 y 3900, CC).

Consecuentemente, si el actor reconoció que su hermano había recibido una donación de ese monto es precisamente esa suma lo que se persiguió colacionar. De modo que lo decidido no puede modificar el presupuesto desde donde se fundó la acción. Aún más, la propia actora, cuando inicia la sucesión de su madre, toma exactamente la misma postura (ver fs. 5 de los autos caratulados “A., A. s/ sucesión ab–intestato”, Expte. Nº 95.925/03).

El órgano jurisdiccional debe adecuar su decisión a las cuestiones esgrimidas por las partes, teniendo en cuenta cómo han sido articuladas en sus presentaciones iniciales porque sólo a ellas les interesa fijar su posición, más cuando la cuestión es meramente económica, no estando aquí interesado el orden público. Prueba de lo afirmado es que si no se demanda la colación no se calcula la donación en la hijuela del colacionado (art. 3478, CC). Ello sólo ocurre en la medida que el coheredero la ejerza, ya que puede tenerse que realizar diferentes particiones conforme las acciones de colación que se acojan. La colación no opera de pleno derecho, es en razón del interés de cada coheredero; por lo que debe ser requerida por cada sucesor forzoso en su favor (art. 3478, CC).

No ocurre igual con la invocación de las normas jurídicas, sino que el juez decidirá cuáles son aplicables al caso –“*iura novit curia*”–, mas sin olvidar y ajustándose a la base fáctica expuesta por las partes.

En conclusión, no cabe alterar, ni modificar los hechos expuestos por los litigantes, en protección a la garantía de defensa en juicio y a las reglas del debido proceso (ar­tículo 18 de la Constitución Nacional), así como al principio de igualdad (artículo 16 de la Constitución Nacional), reflejado en el inciso 5º apartado c) del artículo 34 del CPCCN.

De todo esto cabe colegir que le asiste razón al demandado cuando sostiene que frente al reconocimiento expreso de su hermano él articuló su defensa en consonancia con ese posicionamiento, porque, reitero, lo perseguido es la colación de una suma de dinero y no de otro bien.

IV. Párrafo aparte merecen las consideraciones vertidas por la actora respecto del comportamiento de su contraria en los presentes. La conducta de las partes en el proceso sólo pueden ser entendidas como indicio o elemento corroborante de las pruebas sobre la base de los hechos alegados. En modo alguno, la actitud que una parte asuma en el proceso permite modificar los términos en que se trabó la controversia.

El caso jurisprudencial emanado de esta Sala, citado por la actora, no es asimilable a las circunstancias de autos.

En el escrito de inicio de los presentes, como ya se dijo, se peticiona la acción de colación por una suma de dinero, de modo que si el monto determinado proviene de un error de hecho de la propia actora, ello no modifica la forma como quedó trabada la litis. Ese error devino de la información previa que requiriera o tomara en consideración la actora, lo que no altera la forma en que articuló su posición.

El principio de la inexcusabilidad del error de hecho accidental rige para nuestro caso.

El error no ha recaído sobre la naturaleza del acto (art. 924, CC), ni sobre su objeto (art. 927 del mismo código), ni sobre la causa principal, ni sobre las cualidades esenciales de la cosa (art. 926), ni sobre la persona del otro en los actos jurídicos bilaterales (art. 925, CC).

El error es inexcusable, en nuestro caso, porque proviene de la propia negligencia de la parte al no informarse con más precisión respecto de la situación que ella consideraba era de donde surgía el dinero donado. A ello debe sumarse que ese error no está referido a la petición concreta que se articula, porque no se está colacionando en estos actuados un bien inmueble, ni una porción de un condominio.

Como se advierte, el error accidental fue sobre las características que tendría el condominio y las partes que les correspondía a los comuneros en el inmueble de la calle Helguera. Esa diferencia entre lo creído y lo real es indiferente respecto de este acto de petición, que es la demanda articulada, en la que se pretende colacionar una suma de dinero concreta y determinada.

En cuanto al comportamiento omisivo sólo puede merituarse como inobservancia de la carga de colaboración en la producción de la prueba. La afirmación es genérica, sin que implique asignar ese calificativo al comportamiento del Sr. R. E. S. J., en este caso, porque la realidad de los hechos no es conocida por el juez.

La actora, cuando dedujo su demanda por escrito, designó con precisión los hechos en que la fundaba, “el hecho constitutivo de la pretensión” y los hechos que explican o prueban (teoría de la sustanciación).

Esa claridad y precisión es la que permite organizar al contrario su defensa y prueba.

En un proceso de corte dispositivo, determinado el “*thema decidendum*”, el objeto de la prueba va a ser demostrar los hechos alegados por las partes y no otros, es decir, van a abonar el fundamento de sus pretensiones y sus defensas.

Congruentemente, el juez debe decidir sobre ese objeto de controversia en los términos en que ha quedado fijado, por lo que lo sostenido por la actora es inhábil para modificar el “*thema decidendum*”.

En conclusión, debe hacerse lugar a la queja de la demandada, y no a la articulada por la actora, por lo que ha de tomarse en consideración lo oportunamente planteado en los escritos de inicio y contestación de la acción, a fin de hacer el cálculo respectivo respecto a la magnitud por la que debe prosperar la acción entablada.

V. Por otra parte, se cuestiona que no han sido valoradas correctamente las declaraciones testimoniales brindadas, al entender que existe contradicción con lo expresado por el propio demandado en cuanto a que las deudas que asumiera fueron instrumentadas mediante títulos privados, ya que algunos de los acreedores sostuvieron no haberlas documentado.

Aún más, se sostiene que de los términos en que se manifestaron unos y otros, ni siquiera pueden considerarse acreditados esos préstamos, sino que ha de concluirse que por la proximidad de las fechas de ambas operaciones, su señora madre fue quien le entregó esas sumas.

En primer lugar, la flagrante contradicción entre lo expresado en el escrito de inicio y lo declarado no es tal.

En la contestación de demanda se afirma que aquél habitó en forma conjunta con su familia y su madre por un largo lapso de 21 años la propiedad común, lo que le permitió ahorrar. Asimismo, se aduce que sus hijas eran mayores de edad al tiempo de la compraventa, y habitaban junto con él, lo que provocó que colaboraran en la operación. Asimismo, también contó con el apoyo de sus amigos.

Las primeras fueron excluidas en mérito a la norma que no permite ofrecer como testigos a los consanguíneos o afines en línea recta al igual que otro de los testigos (ver fs. 285). Mas los restantes tres fueron libremente interrogados sobre los hechos controvertidos, respetando la esencia de lo requerido y la actora tuvo la oportunidad de formular repreguntas (ver fs. 184/185). En ese caso específico, el testigo dio las razones de cómo tenía dinero en su poder, así como acerca de la relación de amistad que mantenía con el demandado, lo que lo llevó a hacer ese préstamo. Aún más, la propia actora, en la repregunta décima, reconoce, al formularla, que se le prestó dinero al de­mandado, requiriéndose en qué plazo le fuera devuelto al acreedor, al igual que en la decimoprimera, al solicitarle explicaciones acerca de la moneda en que fue realizado.

De modo que lo sustancial se encuentra reconocido: que es la existencia del crédito otorgado con el fin de comprar un inmueble.

Ocurre igual en el caso del testigo Jorquera; la actora no sólo tuvo la oportunidad de repreguntar sino que requirió cómo había sido instrumentado el crédito, cómo se había cancelado y a qué había sido destinado (Ver fs. 284 vta.).

De modo que los dos testigos que afirman no haber documentado los préstamos no por ello son menos convincentes, conforme a las reglas de la sana crítica.

La prueba testimonial debe ser valorada en conjunto y en combinación con los demás medios de prueba producidos, atendiendo a las circunstancias y motivaciones que permitan ayudar, corroborar o disminuir la fuerza y contenido del testimonio.

Por otra parte, el restante testigo aportado tampoco ha quedado cuestionado, porque aquél, en consonancia con lo afirmado por la demandada, documentó su deuda, la que fuera cancelada en doce cuotas (ver fs. 105).

En conclusión, la cercanía de las fechas en que se llevaron a cabo ambas operaciones de compraventa fue oportunamente considerada en la sentencia como uno de los indicios graves, precisos y concordantes que llevó a la presunción que la Sra. A. A. aportó la suma faltante para la compra del inmueble de la calle Griveo. Mas ese elemento solo no permite concluir en la inexistencia de los préstamos a favor de la demandada, cuando éstos han sido abonados con las declaraciones testimoniales examinadas.

Por lo que la queja de la actora debe ser rechazada.

VI. La demandada señala que la prueba de indicios no tiene un fundamento polibásico. No se “estructura a partir de una pluralidad convergente de hechos que individualmente no permite argumentar la existencia del hecho objetivo de la prueba. (Ver Kielmanovich, Jorge L., “La prueba indiciaria y la presunción polifásica”, Revista de Responsabilidad Civil, Nro. 3, La Ley, p. 35; Cám.Nac.Fed.Civ.yCom., Sala 1º, 9/8/1983, “Marcer, Ernesto A. v. Cía. Arg. De Seguros La Estrella SA”, JA, 1984-III-402; Kielmanovich, Jorge L., “La conducta procesal de las partes y la prueba”, LL 4/6/2001, p. 1 y “Algo más acerca de la conducta procesal como prueba”, JA 1994-IV-804; Cám.Nac.Com., Sala A, 30/5/2003, “Serra, Hugo v. Subiela, Eliseo”, LL, 18/9/2003, p. 4; despacho de mayoría del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Paraná, Argentina, 12/6/2003); Cám.Nac.Com., Sala A, 22/8/2002, “Schandinavian Muebles SA s/ quiebra s/ revocatoria concursal”; Morillo, A.M., “Afinamientos en la tarea probatoria”, LL, 30/10/2003, p. 1; Cám.Nac.Com., Sala A, 17/6/2004, “Blue Staff SRL v. Massalin Particulares SA”. Citados por Kielmanovich, Jorge L., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado”. T. I. Pág. 244. Ed. Lexis Nexis. Bs. As. 2005).

En conclusión, este solo indicio –la proximidad de ambas operaciones de compraventa de los inmuebles–, valorado y aplicando las reglas de la sana crítica, es un hecho relevante para la resolución de la causa. La eficacia del indicio, aunque derive a partir de un solo hecho, tiene virtualidad para producir convicción, conforme la naturaleza del juicio.

De allí que no debe ser acogido el agravio de la demandada.

VII. La inexistencia de inversiones por parte de la Sra. A. a su muerte no permite aseverar que aquélla hubiera destinado el dinero que obtuvo por la operación de venta de la calle Helguera exclusivamente a la compra del inmueble sito en la calle Griveo. Ésta pudo destinar el dinero a múltiples fines, y utilizarlo o donarlo a otras personas o a dedicarlo a su propia manutención, hechos que se ignoran porque nada se ha probado en los presentes en relación al destino de esos fondos, mas no necesariamente de esa cercanía temporal puede deducirse la realidad que pretende el apelante, por lo que nada debe ser modificado de lo decidido.

VIII. La actora también cuestiona lo resuelto en relación al dinero sobrante de la venta del inmueble de la calle Helguera, sosteniendo que sólo debe entender que su contraria aportó a la compra de la nueva casa la suma de pesos catorce mil doscientos cincuenta ($ 14.250), por lo que todo el remanente debe ser colacionable.

Debe decirse que los agravios de la apelante respecto a este punto no constituyen una crítica concreta y razonada del fallo de primera instancia.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia al sostener que “Los recursos de apelación deben contener la impugnación concreta del pensamiento del juez, el examen crítico de sus proposiciones y las razones expresas y fundadas –no el simple desacuerdo subjetivo o la diversidad de opinión–, por las que el recurrente considera errónea la decisión, equivocados sus fundamentos, o inaplicables las disposiciones jurídicas mencionadas por el sentenciante”.

La queja esgrimida no constituye una expresión de agravios en los términos de los artículos 265 y 266 del CPCC, resultando solamente un mero desacuerdo con lo decidido por el Sr. Magistrado de la anterior instancia, por lo que propongo se desestime tal planteo declarando desierto el recurso sobre el particular.

Por otra parte, el tema ya ha sido analizado “ut supra” al tratar el tópico relacionado al monto colacionado.

IX. Asimismo, la actora asevera que los muebles, alhajas y otros valores de su madre quedaron en poder de su hermano a la muerte de aquélla.

A ese fin, intenta que se presuma su existencia, aplicando analógicamente las normas fiscales que se toman en consideración a fin de abonar la tasa judicial, estimando su valor en un cinco por ciento del valor del inmueble.

En primer lugar, es dable recordar que la formulación de simples apreciaciones personales sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, omitiendo concretar punto por punto los errores u omisiones en los que habría incurrido el “*a quo*” respecto de la apreciación y valoración de los elementos de convicción a los que arriba en la aplicación del derecho, no constituye fundamento suficiente para la expresión de agravios.

Para que exista expresión de agravios no bastan manifestaciones imprecisas, genéricas, razonamientos totalizadores, remisiones, ni, por supuesto, planteamiento de cuestiones ajenas. Se exige legalmente que se indiquen, se patenticen, analicen parte por parte las consideraciones de la sentencia apelada. Por cierto, ello no significa ingresar en un ámbito de pétrea conceptualización, ni de rigidez insalvable. En el fecundo cauce de la razonabilidad y sin caer en un desvanecedor ritualismo de exigencias, deben indicarse los equívocos que se estimen configurados según el análisis –que debe hacerse– de la sentencia apelada. (CNCiv., Sala H, “Unger, Graciela Patricia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios” –R. 440.642 – J. 1 – 30/06/06).

Por lo que debe declararse desierto el recurso de apelación interpuesto sobre el particular.

En segundo término, cabe mencionar que aun cuando la analogía no es aplicable en este caso, el inmueble de la calle Griveo no le pertenecía a la Sra. A. A. sino a su otro hijo, por lo que lo solicitado carece de fundamento alguno (art. 266, CPCCN).

X. En cuanto al cuestionamiento a lo resuelto sobre el excedente, cabe reiterar que la simple disconformidad o disenso con lo expuesto por el *a quo* sin fundamentar la oposición o sin dar las bases jurídicas, no importa “crítica concreta y razonada” (conf. La Ley, tomo 134, página 1086).

Se ha decidido jurisprudencialmente que deben precisarse parte por parte los errores, las omisiones y demás deficiencias que se le atribuyan al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, no reuniendo las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación (La Ley, tomo 134, página 1045; La Ley, tomo 137, página 456; El Derecho, tomo 30, página 119; Jurisprudencia Argentina, tomo 1970-V, página 489).

Por lo que debe declararse desierto el recurso de apelación a este respecto.

Por otra parte, desde un punto de vista de la realidad, basta verificar lo informado a fs. 151 y a fs. 170/173 (ANSES) para precisamente poder presumir lo contrario de lo que se pretende. La Sra. A. A. debió necesitar ese dinero para su propio sustento y cuidado. Resulta ilógico pretender que porque se afirme que la Sra. A. tenga asistencia médica gratuita brindada por algún organismo, como sostiene la apelante, se deba necesariamente usarla, es que si la tuviere [*sic*], y no procurarse otra de mejor calidad. Asimismo, también es coherente que cada persona quiera solventar sus propios gastos, inclusive utilizando sus reservas, de ser necesario.

Por último, los seres humanos, mientras vivimos y somos capaces, podemos disponer y administrar nuestros bienes como mejor nos apetezca, sin tener en consideración lo que va a ser nuestro caudal relicto al tiempo de nuestra muerte.

Por lo que nada debe ser modificado.

XI. La actora entiende que se ha cometido un error en la forma de peticionar cuando le atribuyó a su contrario el 50% indiviso del inmueble vendido en primer término.

Debe decirse que el tema ya ha sido analizado “*ut supra*”, en el apartado III de esta sentencia, al cual cabe remitirse.

Cabe señalar, por último, que ante la insistencia y el pedido de aplicar la teoría de los actos propios, sería adecuado pensar que es más factible aplicar esa doctrina al apelante que a su contraria, ya que con su actitud generó una expectativa, al peticionar lo que peticionó.

Conforme dicha doctrina, las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, son inadmisibles las pretensiones que ponen al pretensor en contradicción con sus propios comportamientos anteriores jurídicamente relevantes.

Dicha doctrina importa una barrera opuesta a la pretensión judicial, por la cual se impide el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probo en las relaciones jurídicas, pues no es posible permitir que se asuman pautas que suscitan expectativas y luego se contradigan al efectuar un reclamo judicial. (Ver autos de esta Sala “Repetto, José M. D. c/ Club Náutico Hacoaj”, 30 de abril de 1996).

La derivación directa de este principio procesal consiste en la práctica, en impedir a un sujeto colocarse en el proceso judicial en contradicción con su conducta anterior jurídicamente relevante (conf. López Mesa, Marcelo J., “Doctrina de los Actos Propios en la Jurisprudencia”, pág. 45 y sus citas, Ed. De Palma).

La posibilidad de adecuar la petición primigenia, colisiona con sus propios actos, pues nadie puede variar de comportamiento injustificadamente, cuando ha generado en otros interesados una expectativa de comportamiento futuro, por aplicación del principio “*venire contra factum proprium nemo potest*”.

Toda vez que no puede ejercerse una pretensión judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (CSJN, Fallos 290: 216; 310:1623; 311: 1695; 317: 524, entre muchos otros).

XII. La actora insiste en la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, argumentando que la contraparte se encontraba en mejores condiciones fácticas para hacerlo.

Es necesario resaltar que la apelante no se encontraba imposibilitada o tenía una extrema dificultad para probar el extremo, o, al menos, no se manifestó en ese sentido. Inclusive, cuando conoció su error ya era tarde para modificar su posicionamiento inicial. La ausencia de prueba suficiente trae una desventaja para aquel que no la procuró, en tiempo oportuno. La actora conoció con profundidad y en detalle la situación cuando requirió la respectiva escritura traslativa de dominio, actitud que podía haber tomado con anterioridad al inicio de los presentes o como medida preliminar.

La carga remite al interés privado, no interesa al ordenamiento jurídico.

La distribución de la carga probatoria debe considerarse con importancia, pero indudablemente es mayor el interés que generan las presunciones que imponen las leyes, que terminan determinando esa distribución.

El actor no estuvo imposibilitado de procurársela, como ha demostrado al incorporarla a esta causa.

En consecuencia, también este agravio debe ser rechazado.

XIII. La demandada plantea que lo decidido ha olvidado que el actor no ha probado ninguno de los supuestos fácticos en que fundó su reclamo, porque se ha producido la caducidad y perención de sus medidas probatorias.

Asimismo, esgrime que se ha descartado la existencia de colaboración económica familiar, así como la capacidad de ahorro del demandado, el que vivió con su familia en una propiedad sin tener que afrontar gastos de alquiler, olvidando que la clase media baja a la que pertenece no logra obtener créditos bancarios oficiales y no ahorra dentro del sistema financiero formal.

Debo señalar, como ya se refiriera, que la ley procesal excluye, al no permitir ofrecer como testigos, los parientes consanguíneos o afines en la línea vertical, de modo que debió articularse de otra forma la prueba de este hecho, de haber existido.

También se debió probar, a través del medio que fuere, la capacidad de ahorro del demandado.

Lo concreto es que, sobre la base de lo ya analizado, debe merituarse cuál es el valor que se abonó por la unidad de la calle Griveo ..., teniendo en consideración que la actora peticionara la colación de la suma de $ 28.500, así como que la colación intenta mantener la igualdad entre los coherederos; por ello imputa las donaciones realizadas en vida por el “*de cujus*” a cualquiera de sus herederos forzosos, en la porción que le corresponda a éstos últimos.

Asimismo, como la propia actora reconoce en su memorial, la acción promovida persigue esa reunión ficticia de una suma de dinero al caudal relicto, ya que nuestra ley acoge el sistema de colación por valor (art. 3477, CC). A lo dicho debe sumarse que la suma peticionada en consonancia con lo expresado en la sucesión de la Sra. A. A. de S. J. constituye el único bien demandado, siendo los herederos forzosos reconocidos los dos hermanos, la actora y la demandada en los presentes. En consecuencia, debe merituarse que se ha probado en estos autos que la suma de $ 17.000 le fue prestada por terceros al demandado para abonar parte del precio de compra del inmueble de la calle Griveo, el resultado de la suma de pesos veintiocho mil quinientos ($ 28.500) y pesos diecisiete mil ($ 17.000) arroja un parcial de cuarenta y cinco mil quinientos pesos que no proviene del caudal relicto de la sucesión antedicha. Esta última suma deberá restarse del precio de venta que fue de cincuenta y cinco mil pesos ($ 55.000), lo que arroja un total de pesos nueve mil quinientos ($ 9.500). Ésa es la suma que constituye el caudal relicto de la sucesión de Doña A. A. de S. J. La mitad de esa suma será la que deberá colacionar el heredero R. E. S. J. a fin de que su hermano L. E. S. J. la reciba en su calidad de heredero forzoso de su madre.

Lo dicho, en mérito a que, como ya se señalara, la ley busca, en la colación, propiciar mantener la igualdad entre los herederos forzosos y no la exclusión de alguno de ellos. Menos de quien fuera el donatario de los bienes, ya que toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante sólo importa un anticipo de su porción hereditaria (art. 3476, CC).

El órgano jurisdiccional debe adecuar su decisión a la cuestión esgrimida por la parte, aplicando la norma jurídica que considere se ajusta a esa base fáctica expuesta.

La acción de colación intentada es, en general, una de las cuestiones vinculadas con la partición de la herencia. Sin embargo, al tratarse de un crédito, la situación puede ser entendida como diferente.

Una vez determinado el valor colacionable, se computa en el caudal relicto, mas como en nuestro caso es sólo este crédito el que constituye la masa hereditaria, ni siquiera hubiere sido necesario tomar ese monto para formar la masa a dividir, ya que como el crédito es por naturaleza divisible, al ser una suma de dinero (arts. 667 y 669, CC) se atribuye en cabeza de los herederos, en este caso, los designados en la declaratoria de herederos (ver fs. 24 del Expte. Nº 95.925/2003) en la proporción respectiva, es decir, por mitades. Ello en razón a que, como reza el ar­tículo 3565 del Código Civil, los hijos del autor de la sucesión lo heredan por derecho propio y en partes iguales.

Al tratarse de relaciones de los coherederos entre sí, esto significa que el valor del crédito (nueve mil quinientos pesos –$ 9.500– ) integra exclusivamente, en este caso, la masa de cálculo sobre el cual se determina la cuantía y extensión de la hijuela de cada uno de ellos. El acervo hereditario se distribuye en tantas partes equivalentes como hijos concurran; en este caso, son sólo dos.

De modo que si uno cobró anticipadamente en exceso porque lo hizo en su totalidad, debe computarse parcialmente en su hijuela sólo la mitad, y la mitad restante debe serle pagada a su hermano y coheredero (pesos cuatro mil setecientos cincuenta –$ 4.750–). Lo afirmado se entienda ya como adjudicación en los términos de la norma contenida en el artículo 3503 del código o como exclusión de la comunidad en mérito a ser relaciones jurídicas singulares, asumidas a título hereditario (art. 3485 CC), ambos caminos conducen al mismo resultado.

En conclusión, la acción de colación prospera por la suma de pesos cuatro mil setecientos cincuenta ($ 4.750), con más los intereses respectivos, desde la fecha en que se decidiera en la sentencia, atento la falta de cuestionamiento sobre el inicio del cómputo de los mismos.

XIV. Con respecto a los intereses, la sentencia de autos dispuso que se devengarán a partir del 24 de agosto de 2000, fecha de la presunta donación que la causante le habría efectuado al demandado, conforme a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina (Ver fs. 334/334 vta.).

De ello se agravia la demandada, quien solicita la aplicación de la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina (Ver fs. 358 vta./359).

En primer lugar, cabe destacar que conforme lo dispuesto en el fallo plenario dictado en los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios” de fecha 20 de abril de 2009: “Corresponde dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios ‘Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios’ del 02/08/93 y ‘Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios’, del 23/03/04.

”Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio”.

”Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina”.

En consecuencia, teniendo en cuenta la obligatoriedad del plenario aludido (art. 303, CPCCN) y el límite y alcance del agravio vertido, no cabe más que propiciar la confirmación del fallo sobre el particular.

XV. Se agravia el demandado por la imposición de costas a su parte, argumentando que la demanda sólo ha prosperado en un escaso porcentaje, por lo que solicita sean impuestas en un 15% a su parte y en el 85% restante al actor, o, en forma subsidiaria, lo sean en el orden causado.

En cuanto a las costas, como se ha resuelto reiteradamente, las mismas son erogaciones que necesariamente deben hacer los sujetos del proceso, para obtener la actuación de la ley mediante la resolución judicial que pretenden (Podetti, Tratado de los Actos Procesales, pág. 111), siendo principio general en la materia que el objetivamente derrotado debe resarcir íntegramente las mismas al vencedor” (conf. Morello, Cod.Proc.Comentado y Anotado, Tomo II, pág. 363, ed. Abeledo Perrot”).

En el caso de marras, el actor se vio forzado a iniciar la acción para obtener el reconocimiento de su derecho. Asimismo inclusive, aún a esta altura de los actuados, el accionado, a fs. 372 vta., solicitó el rechazo de la demanda.

Es por ello que, atento a las consideraciones precedentemente mencionadas, propicio la desestimación de la queja, y la confirmación del decisorio sobre el punto.

En cuanto a las costas de alzada, las mismas se imponen en el orden causado, en atención a los vencimientos parciales y mutuos.

En consecuencia, doy mi voto para que:

I. Se declarare desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en los términos que surgen de los considerandos.

II. Se modifique parcialmente la sentencia recurrida, haciendo lugar a la acción de colación, la que prospera por la suma de pesos cuatro mil setecientos cincuenta ($ 4.750), con más los intereses respectivos.

III. Se la confirme en todo lo demás que decide y ha sido materia de apelación y de agravios.

IV. Se impongan las costas de esta instancia en el orden causado, en atención a los vencimientos parciales y mutuos.

Las Dras. *Beatriz A. Verón* y *Marta del Rosario Mattera* adhieren al voto precedente.

Y *Vistos*: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal Resuelve:

I. Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en los términos que surgen de los considerandos.

II. Modificar parcialmente la sentencia recurrida, haciendo lugar a la acción de colación, la que prospera por la suma de pesos cuatro mil setecientos cincuenta ($ 4.750), con más los intereses respectivos.

III. Confirmar en todo lo demás que decide y ha sido materia de apelación y de agravios.

IV. Imponer las costas de esta instancia en el orden causado, en atención a los vencimientos parciales y mutuos.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. – *Zulema Wilde. – Beatriz A. Verón. – Marta del Rosario Mattera.*