CApel.CC Junín, 24/02/2011. - A., C. A. y otro c. A., A. S. y otro s/nulidad de escritura pública

**Sucesión:**  
Cesión de un inmueble a un heredero forzoso con reserva de usufructo: art. 3604 del cód. civil; presunción.

Junín, a los 24 días del mes de Febrero del año dos mil once, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores Juan José Guardiola, Ricardo Manuel Castro Durán y Patricio Gustavo Rosas, en causa Nº 49836 caratulada: “A. C. A. y otro c/ A. A. S. y otro s/nulidad de escritura pública”, a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Castro Durán, Rosas y Guardiola.

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a. ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Sr. Juez Dr. *Castro Durán* ­dijo:

I. A fs. 129/135 el Sr. Juez de primera instancia dictó sentencia, por la que, en primer lugar, desestimó el planteo formulado por C. A. A. y A. J. A. contra M. V. A. y A. S. A., tendiente a que se declare la nulidad de la cesión gratuita de los derechos hereditarios que le correspondían a la madre de todos ellos en la sucesión del padre, efectuada por ésta en favor de los demandados.

En segundo lugar, el Dr. Eduardo Miguel Cognigni desestimó el planteo de nulidad formulado por C. A. A. y A. J. A. contra M. V. A. y A. S. A., respecto de la cesión onerosa de derechos hereditarios correspondientes a la misma sucesión, efectuada por la codemandada Anfusso en favor de su litisconsorte pasivo.

Finalmente, el “*a quo*” receptó la pretensión introducida por C. A. A. y A. J. A. contra A. S. A., disponiendo que este último debe imputar a la porción disponible de su madre, el valor del inmueble integrante del acervo de la sucesión de D. A. A., cuyos derechos sucesorios aquella le había cedido, debiendo llevar a la masa el excedente.

En cuanto a las costas, impuso a los actores las generadas por la actuación de M. V. A.; y respecto de las correspondientes a la actuación de A. S. A., las distribuyó, imponiéndolas en un 70% a este último, y en el 30% restante a los actores. Concluyó difiriendo la regulación de honorarios profesionales hasta tanto se alleguen pautas regulatorias. En lo que interesa al recurso deducido, que sólo está referido a la última de las cesiones mencionadas, cabe señalar que el sentenciante inicialmente expuso que la señora L. S. cedió onerosamente a su hijo A. S. A. los derechos que le correspondían como socia de la sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento de su esposo, pero reservándose el usufructo gratuito y vitalicio sobre los bienes integrantes de esa masa.

Seguidamente, sostuvo que la situación presentada en autos puede encuadrarse en el art. 3604 del Código Civil, norma cuya aplicación dispuso apoyándose en el principio “*iura novit curia*”.

Luego, considerando que están presentes todos los recaudos previstos en dicha norma, ordenó que el valor del bien comprendido en la cesión sea imputado a la porción disponible de la cedente, y el excedente llevado a la masa.

II. Contra este pronunciamiento, A. S. A. interpuso apelación a fs. 149.

III. Concedido libremente dicho recurso, el expediente fue remitido a esta Alzada, donde a fs. 157/164 se agregó la expresión de agravios presentada por el apelante. Allí, en primer lugar, tildó de mecánica y excesiva la aplicación del principio “*iura novit curia”*, afirmando que, a raíz de la misma, quedó indefenso en el proceso.

Expuso que la parte actora no probó la simulación alegada en la demanda, por lo que el “*a quo*” tuvo que recurrir al referido principio para aceptar parcialmente el reclamo.

Agregó si bien el “*iura novit curia*” le permite al juez elegir la norma aplicable al caso, dicha facultad reconoce como límite la plataforma fáctica proporcionada por las partes.

También sostuvo el apelante que el sentenciante aplicó el art. 3604 del Código Civil que no fue alegado por los actores, y que como dicha norma contiene una presunción que no admite prueba en contrario, quedó en estado de indefensión, pese a haber rebatido oportunamente todos los argumentos expuestos en la demanda. Por ello ­–siguió diciendo–, el “*a quo*” alteró los principios de congruencia y de defensa en juicio.

En segundo lugar, A. A. manifestó que el art. 3604 del Código Civil responde a una concepción ritualista y arcaica de justicia, ya que desconoce que el fin del proceso es la obtención de la verdad jurídica objetiva.

Además, agregó que en autos quedó demostrado que la cedente no tuvo la intención de beneficiar a ningún heredero forzoso, ya que la cesión tuvo como contraprestación un precio cierto en dinero, cuyo pago se acreditó con el informe emitido por el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., en el que consta que existió un depósito real y efectivo en la caja de ahorros de la cedente.

En tercer lugar, el apelante cuestionó la distribución de las costas, solicitando su modificación, dado que de las tres cesiones de derechos impugnadas, dos fueron consideradas válidas, y sólo con relación a una de ellas se acogió parcialmente la pretensión.

IV. Corrido traslado de la expresión de agravios rese­ñada precedentemente, a fs. 170/172 lo contestaron los ­accionantes, quienes inicialmente solicitaron que se declare desierta la apelación de la contraria por insuficiencia en su fundamentación, y subsidiariamente, peticionaron la confirmación de la sentencia impugnada; luego de lo cual, se dictó el llamamiento de autos para sentencia, cuya firmeza deja a las presentes actuaciones en condiciones de resolver.

V. En tal labor, inicialmente señalo que la fundamentación recursiva expuesta por el demandado no adolece de la insuficiencia técnica que le achacan los actores; sino que, independientemente de la suerte que en definitiva corra la apelación deducida, la expresión de agravios presentada luce ajustada a lo prescripto por el art. 260 del C.P.C., más aún, cabe resaltar el trabajo desempeñado por la Dra. María Carolina Reynoso Tucci en su rol de patrocinante del apelante; por lo que el rechazo de la declaración de deserción peticionada se impone.

VI. Sentado ello y pasando al tratamiento de la impugnación vertida contra el ejercicio del “*iuria novit curia*”, creo útil recordar que por vía del mencionado principio se reconoce a los jueces la facultad de determinar las normas jurídicas aplicables al caso que se les presenta, aunque las partes no las hubieran invocado o lo hayan hecho deficientemente. Esta facultad judicial tiene como límite infranqueable la imposibilidad de alterar los hechos expuestos por los litigantes en el proceso (art. 163, inc. 6º, C.P.C.).

Sentado ello, entiendo que el sentenciante ha efectuado un correcto ejercicio de esta prerrogativa, ya que en la demanda, en relación a la única cesión objeto de agravios, se lee que *“En el caso de la cesión otorgada por la Sra. Z. a su hijo A. A. S. a nuestro entender las partes habrían tratado de encubrir una donación lisa y llana bajo la apariencia de una cesión onerosa, con la finalidad de perjudicar a los restantes herederos forzosos, actores de autos. Con dicho instrumento, fue intención de las partes ocultar el verdadero carácter del acto jurídico a celebrar, para evitar así cualquier acción posterior que los restantes herederos forzosos pudiéramos solicitar, a los fines de la reducción de la herencia, por lesionar dicho instrumento nuestra porción legítima”* (ver fs. 26).

Del párrafo transcripto surge con nitidez que los accionantes denunciaron que ha sido afectada la legítima en la sucesión de su madre, a causa de la cesión de los derechos que a ella le correspondían en la sucesión de su cónyuge, que fueron transmitidos por la misma a uno de los herederos, por medio de un acto gratuito, al que simuladamente se hizo aparecer como oneroso.

Cuando se alega la existencia de una liberalidad disimulada bajo la apariencia de un acto oneroso, el interesado debe demostrar la simulación que denuncia; salvo que se presente la situación contemplada en el art. 3604 del Código Civil.

Este artículo se ocupa de los contratos onerosos celebrados por el futuro causante con quien luego se convirtiera en su heredero forzoso, por los cuales aquel transmite el dominio de bienes, con cargo de renta vitalicia o reservándose el usufructo sobre el mismo. Y en estos supuestos, la norma bajo análisis presume, sin admitir prueba en contrario, que tales actos son gratuitos (conf. Jorge O. Azpiri, “Derecho Sucesorio”, pág. 449; Francisco A. M. Ferrer, “Código Civil Comentado. Ferrer y Medina Directores. Sucesiones”, Tomo II, pág. 187).

Sentado ello, es dable resaltar que de la escritura pública en la que se formalizó el negocio jurídico en cuestión, resulta que la cedente se reservó el usufructo vitalicio y gratuito sobre los bienes comprendidos en la cesión efectuada en favor de su hijo (ver testimonio de fs. 110/113 del expediente sucesorio acollarado y copia agregada en autos a fs. 13/16).

En consecuencia, opino que bien ha estado el “*a quo*” en aplicar la norma pertinente, aunque no haya sido invocada por la parte actora, ya que dicha subsunción normativa fue efectuada con estricto apego a la plataforma fáctica involucrada en autos.

Por lo tanto, el correcto ejercicio de la facultad judicial de determinación de la norma jurídica correspondiente, no puede constituir en modo alguno una violación de la garantía de defensa en juicio ni del principio de congruencia.

La Suprema Corte de Justicia provincial, coincidentemente, ha expuesto que *“Según el principio* ‘iura novit curia’, *la aplicación e interpretación de las normas legales pertinentes queda reservada a los jueces con abstracción de las alegaciones de las partes, es decir que los magistrados pueden enmendar el derecho mal invocado y suplir el omitido, y esto hace que sea necesario pronunciarse acerca de cuál es la ley aplicable al caso. Ello es así sin infracción al principio de congruencia y de defensa en juicio, puesto que es a los jueces a quienes corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto y en cuanto, no se alteren los hechos o se tergiverse la naturaleza de la acción deducida”* (Ac. 90993, sent. del 5-4-2006, recaída en autos “Lipshitz, Raúl c/ Campili, Mónica s/ Disolución de sociedad conyugal”, Sumario Juba B 26424).

Por lo expuesto, el rechazo del agravio en tratamiento se impone.

VII. Con respecto a los agravios expuestos contra la norma contenida en el art. 3604 del Código Civil, adelanto que tampoco pueden prosperar.

Así lo entiendo, dado que el artículo mencionado, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada por el apelante, establece, sin admitir prueba en contra, dos presunciones.

La primera consiste, como quedó dicho, en que todo contrato por el que se transmiten bienes, celebrado entre una persona y sus posibles herederos forzosos, cuando se ha hecho con reserva de usufructo o de renta vitalicia, es un acto gratuito. Y por la segunda presunción, se considera que la intención del causante ha sido beneficiar al heredero forzoso en la medida de la porción disponible, por lo que el valor del bien debe imputarse a ésta, y el excedente de la misma debe ser restituido a la masa partible de la sucesión (conf. Jorge O. Azpiri, “Derecho Sucesorio”, pág. 603; Francisco A. M. Ferrer, “Código Civil Comentado. Sucesiones”, Ferrer y Medina Directores, Tomo II, págs. 187/188; Graciela Medina, “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”. Bueres [Director] - Highton [Coordinadora], Tomo 6-A, pág. 523).

En consecuencia, tratándose de presunciones legales “*iuris et de iure*” o irrefragables, la argumentación relativa a la demostración del real carácter oneroso de la cesión, resulta estéril para lograr la modificación de la sentencia apelada, ya que tales presunciones no admiten prueba en contra.

Por ello, este agravio tampoco puede prosperar.

VIII. Finalmente, resta abordar el agravio referido a la imposición de las costas.

Encarando tal labor, cabe adelantar que el cuestionamiento resulta procedente, puesto que ha sido errónea la imposición de las costas decidida en el pronunciamiento apelado.

Ello es así, dado que en la demanda los accionantes dedujeron tres pretensiones acumuladas, por las que requerían la declaración de nulidad de otras tantas cesiones de derechos hereditarios.

Tal acumulación impone una decisión diferenciada sobre las costas, de acuerdo al resultado obtenido en cada pretensión.

Coincidentemente, la Sala 1ª de la Cámara 1ª de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata tiene dicho que   
*“Cuando se operó una acumulación objetiva de acciones dirigidas contra la parte demandada (art. 87, CPCC), es indudable que el régimen de las costas debe quedar supeditado al éxito o fracaso obtenido por cada una de aquéllas, distinguiendo entre la que se declara procedente y la que resulte rechazada”* (Sent. del 18-2-1997, recaída en causa “Kolonskiy, Lidia c/ Asociación de Trabajadores de la Sanidad Argentina s/ Daños y perjuicios”, Sumario Juba B-100898).

A la luz de estas pautas, considerando que dos de esas pretensiones fueron rechazadas, corresponde imponer a los accionantes las costas relativas a las mismas; mientras que por la otra pretensión que fue receptada, atento a los argumentos expuestos en la demanda, a que subsiste alguna controversia jurídica sobre la cuestión debatida en autos, y a que se desconoce si se ha excedido la porción disponible, las costas deben imponerse en el orden causado (art. 68, C.P.C.).

X. [*sic*] Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo modificar la sentencia apelada, disponiendo que las costas de primera instancia sean impuestas de manera diferenciada según el resultado de cada pretensión acumulada, imponiéndoles a los accionantes las relativas a las dos pretensiones desestimadas; y en el orden causado, las costas relativas a la pretensión que prosperó (arts. 68 y 87, C.P.C.). Atento al resultado del recurso, las costas de Alzada se imponen en un 70% al apelante y en el 30% restante a los accionantes (art. 71, C.P.C.).

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez doctor *Rosas*, dijo:

Que se adhiere y hace suyos todos los conceptos doctrinales y legales dados por el Señor Juez preopinante en primer término, Doctor Castro Durán, votando en consecuencia, en el mismo sentido.

Así voto.

También a la misma primera cuestión, el Señor Juez Doctor *Guardiola*, dijo:

No obstante la opinión de algunos autores (Laje, “La transmisión onerosa de bienes a los legitimarios” en La Ley, to. 75, 918/919; Spota, “Contratos entre el futuro causante y los legitimarios. Alcance del nuevo art. 3604 surgido de la reforma al Código Civil introducida por la ley 17.711”, ED, to. 94, p. 125 y “De nuevo sobre el artículo 3604 del Código Civil”, ED, to. 100, p. 388) que el contrato con reserva de usufructo no lleva por sí solo la presunción absoluta de donación, pudiendo demostrarse que a pesar de dicho cargo se trata de un acto a título oneroso ya que haciéndose eco de la observación de Laurent y los Mazeaud “sería suficiente para desenmascarar los fraudes una simple inversión de la carga de la prueba”, comparto la tesis opuesta mayoritaria en nuestro derecho, prevaleciente también respecto del art. 918 del *Code* francés fuente del art. 3604, según la cual la presunción es *juris et de jure*.

*“Así se desprende de la circunstancia de que dicho artículo no brinda posibilidad de prueba en contrario y lo confirma la nota puesta al pie el artículo; es la solución lógica, pues se corta toda discusión sobre la naturaleza verdadera del acto y se evita que se preconstituyan pruebas falsas para demostrar la onerosidad de un acto que en verdad ha sido gratuito”* (Borda, G. A., Sucesiones, To. II, nº 957, p. 118). Este autor explica que la reforma ha plasmado la orientación y jurisprudencia mayoritaria en el sentido que el antiguo artículo se refería solamente como su modelo francés a la *“hipótesis en que la enajenación se hubiese hecho con reserva de usufructo o con cargo de renta vitalicia. Y es que la solución del artículo 3604, aplicada a todos los contratos en que se enajenan bienes, no era razonable. Si la ley autoriza los contratos entre padres e hijos, si permite a aquellos que vendan a los segundos ¿por qué fulminar el acto con una presunción de gratuidad que hará que los hijos se abstengan de realizar tales operaciones? Lo lógico es que, salvo el caso peculiar de la reserva de usufructo o de la renta vitalicia, en los que la simulación es patente y en los cuales se justifica una presunción* juris et de jure *de gratuidad, en los demás se apliquen las normas generales sobre simulación, lo que significa poner a cargo del que sostiene que el acto es simulado, la prueba de que lo es”* (“La reforma de 1968 al Código Civil”, Perrot, ps. 583/4, nº 419).

*“...dos causas principales se presentan como bases de la presunción legal: 1º el carácter de la enajenación misma 2º la calidad de las partes entre las que tiene lugar. El concurso de estas dos circunstancias hace indudablemente sospechosa toda enajenación bajo las condiciones expresadas; es decir, cuando ha sido por una renta vitalicia o con la reserva del usufructo; pero como esta presunción llevaría muchas veces una injusticia, pues podría existir un contrato real, el legislador ha adoptado un término medio, declarando que tales enajenaciones serán consideradas como donaciones imputables a la cantidad disponible”* (Machado, José O., “Exposición y comentario...”, To. IX en nota al pie al art. 3604, p. 406).

En sentido similar explicaba Fornieles (“Tratado de las sucesiones”, 4a ed., Tea, To. II, nº 135 y 136, p. 136) *“...el artículo 3604, crea una presunción de gratuidad. A pesar de su apariencia de acto oneroso, la ley lo considera como una donación, y le aplica las reglas de las donaciones, pero con una diferencia de importancia, a saber: que manda imputar su valor a la porción disponible, considerando que hay una donación con dispensa. Sólo cuando la parte disponible queda agotada, el exceso se saca de la legítima. La Ley ha creído que si el causante encubrió la transmisión del dominio bajo la forma de un acto oneroso, es porque su intención fue beneficiar al heredero, mejorándolo hasta donde le era permitido. Esa presunción de gratuidad es* juris et de jure *y no admite prueba en contrario. Así lo dice la nota, y lo creo conforme con los motivos que han inspirado al legislador. Con ello se cortan dificultades y se evitan pleitos llenos de incertidumbres. ¿Sabe nadie los recursos de que se valdrían las personas que quisiesen violar la ley?...”.*

Expresaba Lafaille (Sucesiones, To. II, nº 250, p. 184) que en el supuesto se ha producido un constituto posesorio, en virtud del cual el enajenante, a la vez que se desprende ostensiblemente del bien, lo retiene y conserva prácticamente el beneficio del mismo. Era visible que el causante al proceder así quería lograr dos propósitos: el primero que el hijo saliera beneficiado en una medida más amplia de lo permitido y segundo no perjudicarse privándose en vida del goce de la cosa, “*todo lo cual revela la intención de violar la ley y perjudicar a los demás herederos. El modelo francés ha creado aquí una presunción* juris et de jure *de simulación, salvo naturalmente que en los demás supuestos en que no haya reserva de usufructo o de renta vitalicia se pueda cumplir la donación por los medios corrientes, pero entonces el* onus probandi *incumbe al demandante”*.

Y Prayones (“Derecho de sucesión”, nº 72, p. 253): *“Es indiscutible que cuando una persona entrega a su hijo un bien, bajo renta vitalicia o con reserva de usufructo, existe una donación encubierta. La ley así lo considera y le aplica la sanción correspondiente. Pero si el padre ha vendido realmente la finca al hijo y no hay cláusula alguna de usufructo o renta vitalicia, debe entenderse que la ley no presume nada: deja el acto librado al derecho común. ¿Uno de los herederos afirma que hay una donación simulada? Que lo pruebe y prosperará su acción. Cuando existe renta vitalicia o reserva de usufructo nada tiene que probar, porque la presunción de la ley es que el acto es simulado. No teniendo la enajenación esa cláusula se trata de una operación simple que entra en el campo del derecho común; y el que afirme que hay simulación, debe probarlo (...) Es evidente que no se puede establecer para todos los casos la presunción de simulación* jure et de jure *del artículo 3.604: ello implicaría ir contra la realidad de las cosas. Si bien es cierto que puede ocurrir que el padre trate de favorecer a uno de sus hijos al efectuar la operación, también lo es que puede suceder que su intención sea ejecutar un contrato corriente y normal dentro de las relaciones patrimoniales. De donde la solución de la ley debe ser equitativa y colocarse en todas las situaciones, en forma tal que la sanción respecto de la una no implique un menoscabo de la otra”.*

*“El sentido de la disposición es el considerar que la transmisión aparentemente onerosa con la contraprestación del pago de una renta vitalicia o con reserva de usufructo en realidad es un acto gratuito, porque al fallecer el transmitente nada queda en su patrimonio: en el primer caso, porque la renta vitalicia se extingue con su fallecimiento; en el segundo, porque el usufructo se consolida con la nuda propiedad y, en consecuencia, la propiedad plena queda en cabeza del beneficiario. En este caso la ley impone una doble presunción* iuris et de iure: *primera, que el acto fue gratuito; segunda, que el enajenante tuvo intención de mejorar al beneficiario, por lo que admite la eficacia de esa intención en la medida en que aquél pudo hacerlo dentro de su porción disponible”* (Augusto C. Belluscio, “El artículo 3604 del Código Civil. La colación y los intereses”, La Ley 2008-A-408, párrafo transcripto también en mi voto en expte. 5197-2006 “Ponce Juan José c/ Ponce Mirta Etel s/ Acción de colación” LS 51, nº 290, sent. del 4/11/2010).

Por su parte Martin Luis Erdozain en su ya clásico trabajo sobre la materia: “El artículo 3604 del Código Civil: sus antecedentes y su reforma” publicado en JA Doctrina Serie Contemporánea, 1970, p. 466, nos dice: *“Carácter de las presunciones contenidas ¿*‘iuris et de iure’ *o* ‘iuris tantum’*? Para aquellos que ven en la dispensa prevista en el art. 3604 (imputación al disponible) una consecuencia de la interpretación del causante de mejorar al legitimario, indudablemente la presunción de la existencia de esta dispensa es* ‘iuris et de iure’*: no admite prueba en contra. Mas para aquellos que ven en la imputación al disponible una forma de compensar eventuales injusticias, la cuestión se reduce a tales límites no teniendo sentido hablar siquiera de una presunción aunque la compensación funcione externamente como una dispensa en vida.*

*Más arduo resulta distinguir si la presunción de fraude, que es básica y fundamental en nuestra norma, es de un carácter u otro.*

*En el derecho francés, la jurisprudencia y la mayor parte de los autores se han inclinado por negar la posibilidad de la prueba contraria. Ya hemos visto, al reseñar estos antecedentes de cómo esta tendencia se ha fundado en el art. 1352 que dispone irrefregables las presunciones dispuestas por la ley. Pero también habíamos visto que, en rigor, este artículo traía esta disposición para los casos en que se seguía la nulidad del acto, lo cual no se da en el supuesto del art. 918 ni tampoco en nuestro art. 3604. Por otra parte, ninguna de estas dos normas dictan una presunción: lo que ocurre es que la interpretación de las consecuencias de la norma conduce a sostener que aquella sería su fundamento* (en este mismo sentido por mi parte agrego se expide Zannoni –“Derecho de las Sucesiones”, To. 2, nº 1008, p. 221– destacando que el precepto no contiene una presunción legal, ya que el texto de la norma es dispositivo, aun cuando la solución legal descanse sobre una presunción). *De modo que aun dentro del derecho francés, cuya orientación y disposiciones ahora coincidirían perfectamente con el actual art. 3604, la respuesta no aparece como fácil, si bien repito, la jurisprudencia de esa nación ha decidido en el sentido de no admitir la prueba contraria.*

*En nuestro país, el pensamiento del codificador parece ser expresado en la nota al art. 3604 (traida de Troplong) y donde se manifiesta que la presunción sería* iuris et de iure*. Por su parte la doctrina nacional se encontraba frente a la vieja norma, Z*

Receptando las precedentes consideraciones se ha resuelto: “En el artículo 3604 del Cód. Civil, la ley presume, sin admitir prueba en contrario –*iure et de iure*–, la gratuidad de los contratos aparentemente onerosos por los que se trasmite la propiedad de bienes del futuro causante a alguno de sus herederos forzosos, con cargo de usufructo. Obliga a colacionar el excedente de lo disponible para el causante. De quererse asegurar la sinceridad del acto en cuestión –su estabilidad–, se requiere que todos los interesados –coherederos– consientan la enajenación –su real carácter oneroso–. Si bien ese consentimiento puede ser anterior, posterior o simultáneo con el contrato y no está sujeto a formalidad, debe expresarse en forma expresa o tácita. En el segundo supuesto, se exigen manifestaciones inequívocas de voluntad que lo presupongan de un modo evidente, ya que el silencio de los herederos durante la vida del causante y, aún después, no debe interpretarse como un asentimiento a la enajenación; en general, ninguna actitud pasiva ha de entenderse en el sentido de una conformidad” (CC0100 SN 8985 RSD-116-8 S 17-7-2008 “Bianco Teresa c/ Calviello Sabino s/ Sucesión *ab-intestato*” JUBA B858239).

Por lo expuesto coincido con la propuesta de confirmación de lo decidido formulada por el Dr. Castro Durán, compartiendo plenamente sus argumentos en relación al correcto encuadre legal de la pretensión y la aplicación del principio *iura novit curia*, al igual que en lo referido a la distribución de las costas.

Así lo voto.

A la segunda cuestión el Señor Juez Dr. *Castro Durán*, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, corresponde:

I). Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación ­interpuesto a fs. 149; y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 129/135, imponiendo las costas de primera instancia del siguiente modo: a los accionantes por las pretensiones rechazadas; y en el orden causado, las correspondientes a la pretensión que prosperó (arts. 68 y 87, C.P.C.).

II). Atento al resultado del recurso, las costas de Alzada se imponen en un 70% al apelante y en el 30% restante a los accionantes (art. 71, C.P.C.), difiriéndose la regulación de honorarios correspondiente para la oportunidad en que estén determinados los de primera instancia (art. 31, Ley 8904).

Así voto.

Los Señores Jueces Dres. *Rosas* y *Guardiola*, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

Junín 24 de febrero de 2011

*Autos* y *vistos*:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC–, se resuelve:

I). Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 149; y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 129/135, imponiendo las costas de primera instancia del siguiente modo: a los accionantes por las pretensiones rechazadas; y en el orden causado, las correspondientes a la pretensión que prosperó (arts. 68 y 87, C.P.C.).

II). Atento al resultado del recurso, las costas de Alzada se imponen en un 70% al apelante y en el 30% restante a los accionantes (art. 71, C.P.C.), difiriéndose la regulación de honorarios correspondiente para la oportunidad en que estén determinados los de primera instancia (art. 31, Ley 8904).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse al Juzgado de origen. – *Ricardo M. Castro Durán. – Patricio G. Rosas. – Juan J. Guardiola* (Sec.: María V. Zuza).