

**POGORZELZKY, Mauricio Javier y otro vs. POGORZELZKY, Esteban Luis s. Incidente de nulidad CCC Sala II, Azul, Buenos Aires; 19/05/2020;**

**Texto completo de la sentencia**

En la ciudad de Azul, a los diecinueve días del mes de Mayo del año Dos Mil Veinte, celebrando Acuerdo Telemático (arts. 1º apart. b 1.1. de la Resolución 10/2020 y 7 de la Resolución 14/2020; art. 4 inc. a Resolución 18/2020; Resolución 165/2020; Acuerdo 3971; Acuerdo 3975/2020; arts. 1, 2 y 3 de la Resolución 21/2020; Resolución 480/2020; Resoluciones de Presidencia SPL N° 22/20, N° 23/20 y N° 25/20), los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Víctor Mario Peralta Reyes, Jorge Mario Galdós y María Inés Longobardi, con la presencia virtual del Sr. Secretario Doctor Claudio Marcelo Camino, para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados: "Pogorzelsky Mauricio Javier c/ Pogorzelsky Esteban Luis s/ incidente de nulidad" (causa nro. 65.022), habiéndose practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Constitución Provincial; arts. 263 y 266 del C.P.C.C.), resultó que debían votar en el siguiente orden: Dres. Peralta Reyes - Longobardi - Galdós. Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1ra.- ¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fs. 320/327 vta.? 2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Peralta Reyes, dijo: I. 1. Mauricio Javier Pogorzelsky y Leonardo Cristian Pogorzelsky promovieron incidente de nulidad de cesión de derechos hereditarios, simulación y colación de bienes contra su hermano Esteban Luis Pogorzelsky, en el marco del juicio sucesorio de sus progenitores Aldo Enrique Pogorzelsky (fallecido el día 25-7-2008) y Ana María Liñero (fallecida el día 15-2-2010), donde los tres litigantes de autos poseen vocación hereditaria en su condición de hijos de los mencionados causantes. En el escrito de inicio del incidente también se indica a otros hijos de los causantes que no son parte integrante del presente proceso, a saber: Aldo Walter y Sandra Karina Pogorzelsky (fs. 3/4). Incursionando en el meollo de la cuestión litigiosa, expresaron los aquí incidentistas que su padre Aldo Enrique Pogorzelsky fue beneficiario de una cesión gratuita de derechos y acciones hereditarios, que le hicieron Carlos Omar Pogorzelsky y María Cristina Pogorzelsky, en la sucesión de sus abuelos Hilario Salvador Pogorzelsky y Leonor Estela Poli. En el expediente agregado por cuerda que se caratula "Poli Leonor Estela y otros/sucesión ab intestato" (expediente n° 43.541), obra copia de esta cesión de derechos y acciones hereditarios gratuita formalizada en la escritura n° 295, otorgada con fecha 14-7-2006, ante la Escribana Patricia Inés Pizzorno (ver fs. 112/115 de dicho 4 / 17 expediente n° 43.541). Debe dejarse aclarado, desde ya, que sobre esta cesión gratuita no media cuestionamiento de ninguna índole, por la sencilla razón de que el padre de los incidentistas fue beneficiario

de la misma. En efecto, la que se impugna en el presente incidente es la cesión de derechos y acciones hereditarios onerosa formalizada mediante escritura n° 261, con fecha 5-10-2007, ante la Escribana Marta Mabel Inorreta, por la cual Aldo Enrique Pogorzelsky -padre de los incidentistas- cedió y transfirió a su hijo Esteban Luis Pogorzelsky -hermano de los incidentistas- todas las acciones y derechos hereditarios que le corresponden o pudieran corresponderle como heredero de su padre Hilario Salvador Pogorzelsky y de su madre Leonor Estela Poli. Esta cesión onerosa se realizó por el precio total y convenido de pesos veinte mil (\$ 20.000), que consta abonado por el cesionario en ese acto (ver copia de esta escritura a fs. 152/154 vta., del referido expediente sucesorio n° 43.541).

2. En la demanda de autos se señala que los abuelos de los incidentistas, Hilario Salvador Pogorzelsky y Leonor Estela Poli, adquirieron una fracción de terreno ubicada en Avda. Rivadavia -hoy Pte. Perón- esquina Garibaldi de Tandil, por lo que al producirse su fallecimiento, se realizó a favor de su padre Aldo Enrique Pogorzelsky la cesión gratuita de derechos y acciones hereditarios que se mencionó precedentemente. Ello, porque los hermanos de su padre se compadecieron del muy delicado estado de salud física y mental que éste último presentaba. Claro que la cuestión litigiosa se suscitó cuando el padre de los actores, Aldo Enrique Pogorzelsky cedió en forma onerosa a su hijo Esteban Luis Pogorzelsky -hermano de los actores- todas las acciones y derechos hereditarios que le correspondieron como heredero de Hilario Salvador Pogorzelsky y Leonor Estela Poli (abuelos de los actores). Es así que se señaló en la demanda que "recientemente, alertados por algunas modificaciones que se estaban introduciendo en la casa paterna, investigando lo que ocurría pudimos constatar la veracidad de un rumor que nos había llegado hace un tiempo el que hacía referencia a que nuestro hermano Esteban Luis había llevado a cabo una disvaliosa maniobra aprovechando el estado de salud de nuestro padre". Y expresaron los actores que así conocieron de la existencia de los autos caratulados "Poli Leonor Estela y otro s/sucesión ab intestato" (citado expediente n° 43.541), que -precisamente- fue promovido únicamente por Esteban Luis Pogorzelsky (ver escrito de inicio a fs. 23/24 vta. de dicho expediente). En este escrito de iniciación del sucesorio se mencionó la cesión onerosa de derechos y acciones hereditarios de fecha 5-10-2007, que constituye el objeto de la impugnación de autos (ver fs. 23 vta. del mencionado expediente sucesorio n° 43.541).

5 / 17 Al momento de describir la disvaliosa maniobra que los actores le imputan a su hermano demandado Esteban Luis Pogorzelsky, dijeron en su demanda que "nuestro padre, don Aldo Enrique Pogorzelsky padecía de las dolencias propias de la edad, agravada por el hábito de fumar una gran cantidad diaria de cigarrillos, y luego, a partir del año 2000, por volcarse a la bebida". Acompañaron un informe suscripto por el médico psiquiatra Dr. Roberto R. Berkunsky, donde se señala que Aldo Enrique Pogorzelsky fue atendido por cuadro de irritabilidad y agresividad en el Hospital Municipal, aproximadamente por el año 2000, presentando antecedentes de tabaquismo y alcoholismo

crónico. Tras detallar la medicación que se le indicó, precisó que a posteriori fue atendido aproximadamente hasta el año 2005, en el consultorio o a domicilio, pues fue presentando un deterioro mayor (probable encefalopatía alcohólica), con pérdida de sus capacidades cognitivas y conciencia de la realidad. Puntualizó que tuvo consulta con el Dr. Viviani quien diagnosticó tumores en zona cerebelosa (ver certificado de fs. 1 y escrito de inicio del incidente a fs. 3 vta./4). Así dedujeron los actores que en octubre del año 2007, la salud mental del padre de los litigantes "estaba muy lejos de ser la adecuada para dar un consentimiento como el receptado en la escritura pública cuestionada". Sobre estas bases plantearon que la cesión onerosa de derechos y acciones hereditarias formalizada a favor del demandado Esteban Luis Pogorzelsky, es nula de nulidad absoluta por ausencia de consentimiento en la persona del cedente (fs. 4). Refirieron al certificado extendido por el Dr. Héctor H. Bellagamba y agregado a la cuestionada escritura n° 261 (donde se formalizó la cesión onerosa a favor del demandado), en el cual se hizo constar que "el señor Aldo Enrique Pogorzelsky se encuentra lúcido y con sus facultades mentales sin alteraciones"; poniendo de resalto que dicho certificado médico fue expedido por quien era amigo del causante (fs. 4).

3. Asimismo, los incidentistas impugnaron por el vicio de simulación a la cesión onerosa de derechos y acciones hereditarios, puntualizando que "la suma de dinero que en la escritura figura como precio de la operación es ridícula e insignificante para compensar el valor del inmueble. Mucho más si ocurre como en el caso de marras, que comprende todo lo que existía en el mismo al momento de la recepción" (fs. 4 vta.). Sostuvieron que el inmueble alcanzado por la simulada transferencia onerosa se encuentra emplazado en una zona de gran valor venal de edificios, repotenciado comercialmente por tratarse de una esquina. Y afirmaron que el valor venal al tiempo de la operación (5-10-2007) no era inferior a la suma de u\$ s 70.000, lo que a la cotización de esa fecha asciende a la suma de \$ 221.200, de manera tal que el valor de la simulada operación no alcanza al 10 % del valor real del inmueble, sin contar los demás 6 / 17 efectos que integraban el acervo relicto y que se encontraban en el interior de la casa (fs. 5).

II. La demanda incidental fue contestada por Esteban Luis Pogorzelsky, quien solicitó el rechazo de la misma sobre la base de distintas argumentaciones, a la vez que planteó excepción de prescripción por considerar que la demanda fue interpuesta luego de haber transcurrido el plazo de cinco años que estima aplicable en la especie (fs. 39/45 vta.). Por su parte, los incidentistas contestaron el traslado conferido con relación a la prueba documental y a la excepción de prescripción (fs. 49/54), tras lo cual se decretó la apertura a prueba de las actuaciones (fs.55) y se proveyeron las pruebas ofrecidas (fs. 57/59).

III. Transcurrido el período probatorio se dictó la sentencia de la anterior instancia que ha llegado apelada a esta alzada (fs. 320/327 vta.). En este decisorio se hizo lugar a la demanda por simulación del acto jurídico plasmado en la escritura n° 261 de fecha 5/10/2007, nominada como cesión de derechos onerosa, entendiendo que la misma resulta un acto de disposición

gratuito, por lo que deberá colacionarse hasta el porcentaje disponible (1/5) en el marco de la sucesión del causante Aldo Luis Pogorzelsky (fs. 320/327 vta.). En primer lugar, en la sentencia apelada se rechazó la excepción de prescripción opuesta en autos, por considerarse que al momento de inicio del incidente de nulidad no había transcurrido el plazo quinquenal alegado por el demandado (fs. 324 vta., cuarto párrafo). Seguidamente y tras analizar las probanzas rendidas en la causa, puntualizó el juzgador que "está claro que la voluntad del Sr. Aldo Enrique Pogorzelsky era darle a su hijo Esteban los derechos que tenía sobre esa casa. Ahora bien, cabe preguntarse si su intención era realizar una operación de venta (con la firmeza patrimonial consiguiente) o era otorgarle una liberalidad (quizá en agradecimiento por la ayuda por éste efectuada)" (fs. 325/325 vta.). Para dar respuesta a este interrogante, cotejó el juez el precio consignado en la cesión onerosa (\$ 20.000), con el valor del inmueble resultante de la pericia de martillero practicada a fs. 301, que arrojó un guarismo de \$ 480.000, al mes de octubre de 2007 (fs. 325 vta./326). En función de ello y a modo de conclusión de sus motivaciones, aseveró el magistrado que "la operación analizada en esta causa encubre un acto dispositivo gratuito donde el causante cedente intentó beneficiar a uno de sus hijos -aspecto legítimo- otorgándole una liberalidad que excede el marco de la disposición de derechos. El hecho de hacer figurar un precio que equivale a menos del 4,3 % (cuatro coma tres por ciento) del valor real del inmueble no puede sino graficar la intención de regalar por parte del donante (cedente pretense vendedor) y de aceptar el regalo por parte del donatario (cesionario 7 / 17 pretense comprador)" (fs. 326, lo destacado me pertenece). Y prosiguió señalando el juez que, en este caso, no debe indagarse respecto de la capacidad económica del adquirente de los derechos, sino que, por el contrario, es tan ínfimo el precio pagado que no existió una explicación válida, veraz, confiable y sobretodo acreditada en juicio que explique porque querría vender el padre a uno de sus hijos un inmueble por menos del 5 % de su valor (fs. 326 vta./327). Así concluyó poniendo de relieve que no existiendo prueba que convenza de la sinceridad del acto impugnado, debe tomarse la disposición efectuada por el causante a favor del demandado Esteban Luis Pogorzelsky (uno de sus cinco hijos), como una liberalidad que encuentra su límite -conforme al art. 3476, 3478, 3591 y ccs. del Código Civil- en un quinto del valor del inmueble, restando los cuatro quintos dividirse en cuantos descendientes hubieran verificado su vocación hereditaria en la sucesión del cedente (Aldo Enrique Pogorzelsky) (fs. 327). IV. La aludida sentencia fue apelada por la parte demandada, quien expresó agravios mediante presentación electrónica de fecha 5 de noviembre de 2019, cuyos aspectos centrales paso a detallar. Dijo la apelante, en primer lugar, que la parte actora optó por un camino incorrecto para dejar sin efecto la escritura pública n° 261 de fecha 5/10/2007, pues lo apropiado hubiera sido plantear la redargución de falsedad y no un incidente de nulidad. Criticó que el sentenciante haya afirmado que Aldo Luis Pogorzelsky tenía su voluntad mermada o disminuida,

pese al certificado médico suscripto por el Dr. Héctor Bellagamba (agregado a la escritura), omitiendo las declaraciones de los testigos que fueron aportadas a la causa. El segundo agravio de la recurrente versa sobre el plazo de prescripción de la acción intentada en autos, el cual considera cumplido. Y el tercer agravio se encuentra referido al precio de la cesión impugnada, brindándose argumentos para intentar demostrar que el mismo no fue vil, pues el inmueble carecía de todo mantenimiento. Habiendo contestado la parte actora esta expresión de agravios, se cumplimentaron los demás pasos procesales de rigor y se llamaron autos para sentencia (fs. 366), tras lo cual se practicó el sorteo de rigor (fs. 367). De esta manera han quedado las actuaciones en condiciones de ser abordadas a los fines del dictado de este pronunciamiento. V. En atención a la época en que sucedieron los hechos, la cuestión debatida en los presentes actuados se rige por el derogado Código Civil (art. 7 del CCCN), sin perjuicio de que el Código Civil y Comercial resulta de utilidad como valiosa guía interpretativa, tal como -reiteradamente- lo ha destacado este tribunal 8 / 17 (causa n° 64654, del 16/4/2020 "Puchuri...", entre muchas otras). VI. Incursionando en el análisis de la cuestión traída a juzgamiento, corresponde precisar que, en los considerandos de su fallo, el magistrado sostuvo que "de la pretensión de la actora se advierte su intención de transformar y calificar el negocio jurídico 'cesión de derechos hereditarios onerosa' en una 'cesión de derechos hereditarios gratuita' o 'cesión donación', para que, de esta forma, poder reducir la misma hasta la porción disponible del causante cedente, y 'recuperar' la parte de la porción de la legítima que no podría disponerse mediante tal liberalidad". Y agregó el juzgador que "no es el ataque a la forma instrumental en el sentido de redargüir de falsedad el instrumento público, sino atacando la voluntad (mermada o disminuida) del otorgante del acto, y destacando -como indicio fundamental- el menor precio que figura como de 'compra', para alegar la pretendida simulación de un acto oneroso cuando en realidad encubría un acto gratuito, con los contundentes efectos que ello acarrea en el marco del derecho sucesorio" (fs. 324, lo destacado me pertenece). 1. Si se examina el escrito de promoción del presente proceso, es posible deducir que en el mismo se plantea la nulidad de la cesión de derechos hereditarios realizada por el causante Aldo Enrique Pogorzelsky a favor de su hijo Esteban Luis Pogorzelsky, por dos motivos claramente diferenciados: En primer lugar, por considerar que hubo ausencia de consentimiento del causante al haber estado afectada su salud mental, acompañándose a tal fin el ya mencionado certificado médico (fs. 2/2 vta. y 4). Y, en segundo lugar, por haber mediado el vicio de simulación, ya que la cesión onerosa encubre en rigor una liberalidad, puesto que "la suma de dinero que en la escritura figura como precio de la operación es ridícula e insignificante para compensar el valor del inmueble" (fs. 4 vta./5). Como corolario de este planteo, sostuvieron los incidentistas que "estamos en presencia de una operación simulada y sujeta a lo previsto por los arts. 3476 y siguientes del Código Civil" (fs. 5, segundo párrafo). Al hacer mención a los arts. 3476 y sgtes. del código

de fondo, es por demás indudable que los actores acumularon a la acción de simulación la acción de colación prevista en dichas normas, ya que más allá de considerar que la cesión onerosa fue simulada porque encubrió una liberalidad a favor del demandado, su pretensión estuvo encaminada a perseguir la colación del único bien hereditario en el sucesorio de Aldo Enrique Pogorzelsky. Así puntualizó Mauricio Javier Pogorzelsky al contestar el traslado de la documentación y de la excepción de prescripción, que "no se trata de una simple acción de nulidad de escritura, sino que se persigue la composición de lugar para no ser excluidos de la adquisición de los bienes hereditarios que nos corresponden por el fallecimiento de nuestros padres" (fs. 49 vta.). Y aclarando aún más su verdadera voluntad petitoria, 9 / 17 arguyeron los actores en esta presentación, que "se persigue la colación del único bien hereditario en el sucesorio de nuestros padres, la que podrá efectivizarse únicamente, previa declaración de la nulidad por simulación configurada con una supuesta venta de derechos hereditarios, que no resulta ser más que una donación encubierta por la pretendida venta a un precio vil del bien que motiva la acción, excluyéndolo del acervo hereditario correspondiente entre otros a quien suscribe. Ya que el acto jurídico celebrado por mi padre, aún cuando hubiera tenido al momento de suscribir la escritura plena capacidad civil para disponer de sus bienes, con el precio consignado en la operación, que además tampoco prueba la escritura haber sido efectivamente entregado a mi padre, queda demostrada una enmascarada liberalidad en perjuicio del suscripto por haber efectuado el causante un desigual tratamiento en la división de herencia, afectando íntegramente mi parte legítima" (fs. 49 vta.; lo destacado me corresponde). La colación ha sido definida por autorizada doctrina como "la computación en la masa partible del valor de las donaciones que el causante hubiere hecho en vida al heredero forzoso, y la imputación a su propia porción hereditaria, compensando a los demás herederos con bienes hereditarios, con el objeto de igualar las porciones hereditarias de todos los herederos forzosos en proporción a sus cuotas, salvo que el causante hubiese hecho dispensa de colación" (Pérez Lasala y Medina, Acciones Judiciales en el Derecho Sucesorio, segunda edición, Santa Fe, 2011, pág. 224). Y al enumerar los presupuestos de esta acción de colación, afirman dichos autores que se requiere la existencia de una donación en favor de un heredero forzoso (arts. 3476 y 3477 del Cód. Civil), y que el heredero forzoso que colaciona concorra con otro u otros herederos forzosos, pues el art. 3478 dice, en este sentido, que la colación es debida por el heredero a su coheredero (ob. cit. pág. 224). 2. Aquí radica, entonces, el meollo de la cuestión de autos, cuál es dilucidar si la cesión onerosa de derechos y acciones hereditarios instrumentada en la escritura n° 261, con fecha 5-10-2007, consistió en realidad en una liberalidad, porque el causante tuvo como propósito beneficiar a uno de sus hijos, el aquí demandado Esteban Luis Pogorzelsky. Y como ya lo señalé, la respuesta del magistrado fue afirmativa, al haber concluido en que "la operación analizada en esta causa encubre un acto dispositivo gratuito donde el causante intentó

beneficiar a uno de sus hijos -aspecto legítimo- otorgándole una liberalidad que excede el marco de la disposición de derechos. El hecho de hacer figurar un precio que equivale a menos del 4,3 % (cuatro coma tres por ciento) del valor real del inmueble no puede sino graficar la intención de regalar por parte del donante (cedente pretense vendedor) y de aceptar el regalo por parte del 10 / 17 donatario (cesionario pretense comprador)" (fs. 326). Prosiguió señalando que, en este caso, no debe indagarse respecto de la capacidad económica del adquirente de los derechos, sino que, por el contrario, es tan ínfimo el precio pagado que no existió una explicación válida, veraz y confiable y sobretodo acreditada en juicio que explique porque querría vender el padre a uno de sus hijos un inmueble por menos del 5 % de su valor (fs. 326 vta./327). Tuvo así por configurada una simulación relativa, que se presenta cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter (arts. 955, 956, 958 y ccs. del Cód. Civil). Para sentar esta categórica conclusión, se basó el juzgador en la pericia de tasación practicada por el martillero Rodrigo Molio, quien luego de describir las características del inmueble objeto de autos (fs. 299), aseveró que al día 5 de octubre de 2007 (o sea cuando se formalizó el acto impugnado), el valor estimado de venta sería de \$ 480.000 (fs. 301). Esta pericia de tasación no fue motivo de impugnación alguna por los litigantes, surgiendo de la misma -en forma concluyente- la notoria desproporción del valor real del inmueble con relación al monto indicado en la cesión de derechos y acciones hereditarios (\$ 20.000). Por lo que le asiste razón al sentenciante cuando considera que este ínfimo precio resulta suficiente para tener por acreditada la donación que realizó el causante a favor de su hijo Esteban Luis Pogorzelsky, habiendo recurrido al acto simulado de la cesión onerosa para ocultar el verdadero carácter del acto jurídico (arts. 955, 956, 958, 1789, 1792, 1810, 1811 y ccs. del Cód. Civil; arts. 163 inc. 5, 375, 384, 473, 474 y ccs. del Cód. Proc.). Cabe agregar que el juez también desestimó el argumento del demandado de que "como parte integrante y acrecentando dicho valor, pagó impuestos adeudados y también abonó los trámites sucesorios" (fs. 325 vta.). Así determinó que respecto del pago de impuestos no se ha acreditado con prueba alguna, por lo que ha quedado como una mera alegación; mientras que respecto de los gastos sucesorios, dijo que tampoco integraron el precio de la cesión en el momento del acto (en octubre de 2007, puesto que la sucesión de Leonor Estela Poli recién fue iniciada en el año 2010, mediante el ya referido expediente n° 43.541 (fs. 325 vta.). En el escrito de expresión de agravios no se han criticado idóneamente estas motivaciones de la sentencia, habiéndose limitado el apelante a enunciar gastos derivados de la tramitación del mencionado sucesorio, pero sin hacerse cargo de la marcada distancia temporal que medió entre el acto de la cesión (octubre de 2007) y el momento de inicio de la sucesión (julio de 2010). Esta notoria distancia temporal que se resaltó -expresamente- en la sentencia apelada, no fue cuestionada en modo alguno por el apelante, por lo que el recurso deviene infundado (art. 260 del Cód. Proc.). En 11 / 17 el mismo orden

de ideas, tampoco se criticó en forma idónea la aserción del juez en el sentido de que no se ha acreditado el pago de impuestos por el demandado, quien en su escrito recursivo pretende que la carga de la prueba sobre este extremo fáctico recaiga sobre los actores, desentendiéndose de la regla emanada del art. 375 del código ritual. Asimismo, el apelante insiste sobre otro aspecto fáctico que tampoco ha sido demostrado, cuáles son los supuestos gastos de mantenimiento del inmueble que dijo haber realizado, pero sin haber acompañado ninguna constancia documental que pudiera evidenciar tal extremo. En este punto es dable presumir que si tales erogaciones se hubieran llevado a cabo, necesariamente tendrían que existir instrumentos que reflejen ese tipo de operaciones, tales como facturas o recibos; siendo por demás sorprendente que no haya quedado ningún rastro documental de las supuestas mejoras que el demandado dijo haber concretado. Y en torno a esta temática, son insuficientes las declaraciones testimoniales que refirieron al estado precario de la vivienda (fs. 224 vta., 226 vta., 229 vta., 231 vta. y 237), pues lo verdaderamente relevante es que el accionado no probó la realización de las mejoras que esgrimió en respaldo de su postura procesal (arts. 163 inc. 5, 375, 384, 456 y ccs. del Cód. Proc.; esta Sala, causa n° 63.047, "Belmartino", sentencia del 18-2-20, entre otras). En consecuencia, se desmorona su argumento de que el pasivo del acervo relicto engrosaba ampliamente el precio a determinar por la compra del inmueble, pues la existencia de ese supuesto pasivo no ha sido materia de demostración alguna (art. 375 del Cód. Proc.). Como corolario de todo lo antedicho, considero acertada la conclusión del juez de la anterior instancia, en el sentido de que la cesión onerosa de derechos y acciones hereditarias instrumentada en la escritura n° 261, de fecha 5-10-2007, consistió en realidad en una liberalidad que realizó el causante Aldo Enrique Pogorzelsky a favor de su hijo Esteban Luis Pogorzelsky, habiéndose configurado una simulación relativa pues se recurrió al acto simulado de la cesión onerosa para ocultar el verdadero carácter gratuito del acto jurídico (arts. 955, 956, 958, 1789, 1792, 1810, 1811 y ccs. del Cód. Civil).

VII. Despejada la cuestión precedente, que resulta crucial para la definición del litigio, es menester ocuparse de otras parcelas de la expresión de agravios que son claramente insustanciales.

1. En primer lugar, carecen de sentido las alegaciones relativas a la salud mental del causante Aldo Enrique Pogorzelsky, con remisión al certificado médico del Dr. Héctor Bellagamba (agregado a la escritura de cesión), y a las declaraciones de los testigos. En efecto, en la sentencia apelada se soslayó toda la cuestión atinente al 12 / 17 deterioro mental que, según los actores, presentaba el causante, por cuanto el juzgador se centró -únicamente- en la voluntad del causante de transmitirle a su hijo Esteban Luis los derechos que tenía sobre el inmueble, dando por configurada la simulación con los elementos de prueba analizados en el apartado precedente. Carece de sentido, entonces, que en el escrito recursivo se aluda a esta temática que ha quedado desplazada en función de la forma en que se resolvió el litigio.

2. Asimismo, también deviene claramente inaudible el



reiterado planteo del apelante relativo a la vía procesal esgrimida por los incidentistas. En efecto, desde su primera presentación ha postulado el demandado, en forma errónea, que el remedio procesal idóneo para dejar sin efecto la escritura pública n° 261, era la redargución de falsedad, en lugar del presente incidente de nulidad de cesión de derechos y acciones hereditarios y colación de bienes. Se está ante un planteo manifiestamente inadmisibile, pues como bien aseveró el magistrado, en la demanda de autos no se atacó el instrumento público, sino que se cuestionó el acto jurídico por la voluntad mermada o disminuida del causante, y porque el mismo constituyó un acto simulado, dado que tras la fachada de una cesión onerosa se encubrió un acto gratuito (fs. 324). Según lo dispuesto por el art. 993 del Código Civil, el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia. En el mismo sentido, expresa el art. 296 del CCCN -aplicable como guía hermenéutica- que "el instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal". Quiere ello decir que la redargución de falsedad está reservada -únicamente- para aquéllos supuestos en que se encuentra comprometida la fe pública al cuestionarse la autenticidad del instrumento. Bien expresa Rivera que "la acción de impugnación de falsedad se denomina querrela de falsedad, o argución, o redargución de falsedad, y es de consecuencias muy graves por cuanto en la generalidad de los casos importa imputar al funcionario interviniente un delito de acción pública como es el de falsedad o falsificación de instrumento". Seguidamente señala este mismo autor, que dos tipos de falsedades puede tener un instrumento público: a) falsedad material, cuando el instrumento público está formalmente adulterado, lo que resulta en los supuestos de falsificación, alteración o supresión del instrumento; b) falsedad ideológica, cuando el instrumento es formalmente válido, pero no es veraz su contenido; así acontece si el oficial público dice haber presenciado algo que en realidad nunca ocurrió. 13 / 17 Así advierte Rivera que no se alude a la sinceridad de las manifestaciones, para desvirtuar las cuales es necesario deducir acción de simulación (conf. Instituciones de Derecho Civil, Parte General, tomo II, pág. 676; en igual sentido, Orelle, en Código Civil y leyes complementarias, director Belluscio, coordinador Zannoni, tomo 4, págs. 547 y sgtes.; esta Sala, causa n° 63159, "Gutiérrez", sentencia del 13 de septiembre de 2018). En virtud de estas consideraciones, corresponde desestimar por inadmisibile el agravio en análisis. 3. Sólo resta tratar el agravio referido a la excepción de prescripción que, como se vio, fue rechazada en la sentencia apelada, sobre la base de un argumento que no es atinente (fs. 324 vta., ver segundo párrafo del apartado III del presente voto). En efecto, la excepción de prescripción debe ser desestimada por otra razón que ha introducido la parte actora en el responde de la excepción (fs. 51/53). Y

es así que al haberse acumulado las acciones de simulación y de colación, corresponde estar al plazo de prescripción de ésta última acción, pues la misma constituye el objeto principal de la litis. Es doctrina legal de la Suprema Corte Provincial, que "cuando se interpone la acción de simulación junto con la de colación, para poder dejar al descubierto la donación oculta bajo un negocio jurídico oneroso, el plazo de prescripción es de diez años" (causa C. 115.276, "Bentivegna", sentencia del 27-11-2013, voto del Dr. Genoud). Se señaló más adelante en este mismo voto, con cita del fallo plenario de la Cámara Nacional Civil, en la causa "Arce", sentencia del 1-II-2011, que "la pretensión principal es la colación, siendo la simulación meramente instrumental. Descubierto el negocio jurídico oculto, prosperará la posibilidad que se compute en la masa sucesoria el valor de lo donado". Y se culminó el abordaje de esta temática, precisándose que "esta Corte, si bien no resolvió específicamente sobre el tema de la prescripción que aquí nos ocupa, ha señalado que cuando se acumulan las acciones de simulación y colación el objeto principal del litigio es la obligación de colacionar. La acción de simulación es el medio al que debe acudir el legitimario para probar que el causante efectuó la liberalidad (Ac.45.659, sent. del 16-VI-1992 y Ac.76.373, sent. del 30-VIII-2000)" (citada causa C.115.276 del 27-11-2013). En definitiva, rigiendo en la especie el plazo de prescripción decenal establecido en el art. 4023 del Código Civil, es evidente que no se encuentra prescripta la acción que dio origen a las presentes actuaciones, la que fue promovida el día 21 de noviembre de 2013 (fs. 5 vta.), o sea, habiendo transcurrido un poco más de seis años del otorgamiento del acto simulado. A ello se suma que, a mi juicio, los actores no tomaron conocimiento del acto simulado en la época en que éste se formalizó, sino mucho tiempo después, tal como resulta de la presentación 14 / 17 que concretaron, con fecha 23 de octubre de 2013, en el juicio sucesorio de Leonor Estela Poli e Hilario Salvador Pogorzelsky (ver fs. 162/163 del mencionado expediente n° 43.541). En virtud de lo antedicho, no resulta necesario abordar los aspectos relativos a la prescripción de la acción de simulación, debiendo ser rechazado el agravio en análisis por los fundamentos precedentemente expuestos. VIII. En este estadio del presente voto, entiendo pertinente dejar sentada una aclaración final que en nada cambia el resultado del litigio, ya que por las motivaciones antedichas propicio la confirmación de la sentencia apelada. Empero, no puedo dejar de señalar que al estar integrado el acervo hereditario por el único inmueble que motiva el presente juicio (ver denuncia de bienes de fs. 73/73 vta., fs. 84 a 91 del referido expediente sucesorio n° 43.541), y siendo que son cinco los hijos de los causantes Aldo Enrique Pogorzelsky y Ana María Liñero, no pueden haber dudas de que la liberalidad realizada a favor del demandado Esteban Luis Pogorzelsky (bajo la apariencia de una cesión onerosa), afectó la porción legítima de sus cuatro hermanos (arts. 1830, 1831, 3591, 3592, 3593, 3600, 3601, 3602 y ccs. del Cód. Civil). En este orden de ideas, es menester recordar que la colación actúa en la medida en que no haya violación de las legítimas, o sea que para llegar a la colación es

preciso comprobar que no hay lesión de las legítimas. De allí que como bien lo apuntan Pérez Lasala y Medina, "en el caso que no haya bienes suficientes en el caudal hereditario y se violaren con la donación las legítimas de los herederos no donatarios, el juez deberá rechazar la acción de colación, pues se hubiera debido ejercer la acción de reducción, reclamando y reduciendo sólo la parte de la donación que hubiere afectado a las legítimas. Por eso, en la práctica tribunalicia, normalmente, convendrá ejercer la acción de colación y, en subsidio, la acción de reducción. Así se evitará la pérdida del juicio ante el problema de la suficiencia o insuficiencia de los bienes relictos" (ob. cit. págs. 284 y 285, lo destacado me pertenece, ver también los ilustrativos ejemplos que traen estos autores en págs. 321 y 322; sobre las acciones de complemento y reducción en el marco de la protección de la legítima, ver el fallo de esta Sala en causa n° 64167, "Bonicelli", sentencia del 1 de octubre de 2019). De todas maneras, esta temática carece de interés en atención a la forma en que ha llegado planteada la cuestión a esta alzada, al no mediar recurso de apelación de los actores y, en consecuencia, haber adquirido firmeza lo decidido en la parte final de la sentencia apelada (art. 266 del Cód. Proc.). En efecto, allí se resolvió que "no existiendo tal prueba que convenciera de la sinceridad del acto impugnado, no debo sino tomar la disposición efectuada por Aldo Enrique Pogorzelsky (padre) a favor de Esteban Luis Pogorzelsky (uno de los cinco hijos) 15 / 17 como una liberalidad que encuentra su límite... en un quinto del valor del inmueble, restando los cuatro quintos dividirse en cuantos descendientes hubieran verificado su vocación hereditaria en la sucesión del cedente (Aldo Enrique Pogorzelsky)" (fs. 327, segundo párrafo, lo destacado me pertenece). Quiere ello decir que, más allá de que en autos se haya entablado una acción de colación, lo cierto es que el juez resolvió el litigio como si se tratara del ejercicio de una acción de reducción en protección de la legítima, reduciendo la donación al límite de la porción disponible (citados arts. 1830, 1831, 3591, 3592, 3593, 3600, 3601, 3602 y ccs. del Cód. Civil). Y tal como lo señalé, esta decisión ha llegado firme a esta alzada (arts. 242, 260, 266 y ccs. del Cód. Proc.). IX. En virtud de lo antedicho, propicio la confirmación de la sentencia apelada de fs. 320/327 vta., por los fundamentos aquí expuestos, con imposición de las costas de alzada al incidentado vencido, en atención al resultado desfavorable que obtuvo en el trámite recursivo (art. 68 del Cód. Proc.). La regulación de honorarios deberá diferirse para su oportunidad (arts. 31 y 51 del Dec. ley 8904/77, arts. 31 y 51 de la Ley 14967). Así lo voto. A la misma cuestión, los Dres. Longobardi y Galdós adhieren al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos. A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Peralta Reyes, dijo: Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, se resuelve confirmar la sentencia apelada de fs. 320/327 vta., por los fundamentos aquí expuestos, imponiéndose las costas de alzada al incidentado vencido, en atención al resultado desfavorable que obtuvo en el trámite recursivo (art. 68 del Cód. Proc.). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31

y 51 del Dec. ley 8904/77; arts. 31 y 51 de la Ley 14967). Así lo voto. A la misma cuestión, los Dres. Longobardi y Galdós adhieren al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del CPCC, se resuelve: confirmar la sentencia apelada de fs. 320/327 vta., por los fundamentos aquí expuestos, imponiéndose las costas de alzada al incidentado vencido, en atención al resultado desfavorable que obtuvo en el trámite recursivo 16 / 17 (art. 68 del Cód. Proc.). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del Dec. ley 8904/77; arts. 31 y 51 de la Ley 14967). Regístrese. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. PERALTA REYES VICTOR MARIO - LONGOBARDI MARIA INES - GALDOS JORGE MARIO.