

### Ficha de fallo

Caratula: Barraco López, Cecilia Beatriz y otro vs. Guiñazú, Ángela Mónica s. Ordinario

Fecha: 20/08/2015

Tribunal: Mendoza Mendoza Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario

Fuente: Rubinzal OnlineCita: RC J 6328/15

### Sumarios del fallo (1)

**Civ. y Com.** / Sucesiones > Legítima hereditaria. - Legado de usufructo - Porción disponible

**Civ. y Com.** / Sucesiones > Legados particulares - Legado de usufructo - Porción disponible

Corresponde hacer lugar al ejercicio de la opción del art. 3603, Código Civil, difiriéndose su efectivización hasta la aprobación de las operaciones de inventario y avalúo que permitan determinar la cantidad disponible pues, como bien ha señalado el a quo, nada se estableció respecto del valor de otros bienes -un automotor y bonos de consolidación- que componen el acervo hereditario y más aún cuando la concreción de la opción implicaría el desalojo de la accionada -concubina del causante- que se encuentra habitando el inmueble cuyo usufructo le fuera legado. Es por esa trascendental consecuencia que la ley requiere que se desinterese a la legataria, haciéndole entrega simultánea de un importe equivalente al valor de la porción disponible. Así, ante la imposibilidad actual de establecer este último, no cabe sino calificar a la efectivización de la opción como prematura. Y si bien en rigor no debió haberse rechazado la opción -como lo hizo el a quo-, pues es indudable que los herederos se encuentran habilitados para efectuarla, sí corresponde diferir su concreción hasta el momento en que existan operaciones de inventario y avalúo aprobadas, de manera de establecer con la mayor certeza posible el valor de lo que debe ser entregado a la legataria como consecuencia del ejercicio de aquella. Lo aquí resuelto se encuentra en línea con lo que dispone el art. 2460, Código Civil y Comercial, el cual, si bien no resulta aplicable en tanto la ley que rige la validez del testamento es la vigente a la muerte del testador, resulta esclarecedor a los fines interpretativos, por cuanto se inclina por la postura mayoritaria en doctrina -que postulaba la irrelevancia de la prueba de la afectación de la legítima-, más manteniendo como requisito para la concreción de la opción, la entrega de la porción disponible; lo que presupone su determinación.

### Texto del fallo

En la ciudad de Mendoza, a los veinte días del mes de agosto de dos mil quince, reunidos en la Sala de Acuerdos de esta Excma. Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los señores Jueces titulares, Dres. Beatriz Moureu, Adolfo Rodríguez Saá y Oscar Alberto Martínez Ferreyra, trajeron a deliberación para resolver en definitiva estos autos N° 11.493/51.670, caratulados "BARRACO LÓPEZ Y OTS. C/ GUIÑAZÚ, MÓNICA P/ORDINARIO", originarios del Primer Juzgado de Gestión Judicial Asociada, venidos a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 128 por los actores Jesús Alberto Barraco López y Cecilia Beatriz Barraco López, en contra de la resolución de fs. 122/125.

Practicado a fs. 157 el sorteo establecido por el art. 140 del CPC, se determinó el siguiente orden de votación: Dres. Martínez Ferreyra, Moureu y Rodríguez Saá.

En cumplimiento de lo dispuesto por los Artículos 160 de la Constitución Provincial y 141 del CPC se plantearon las siguientes cuestiones:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA CUESTIÓN: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. MARTÍNEZ FERREYRA, DIJO:

I. Que en la sentencia apelada, el Sr. Juez a quo hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta, estableciendo que es de naturaleza ganancial el único inmueble integrante del acervo hereditario del causante Carmelo Cruz Barraco (conforme surge de los autos n° 5643 venidos en carácter de A. E. V.).

Por su parte, rechazó el ejercicio de la opción del art. 3603 del Cód. Civ., por considerar que los actores no demostraron que el legado de usufructo otorgado a la concubina del causante excedía la porción disponible.-

Expuso que no habían operaciones de inventario y avalúo aprobadas, y que existían otros bienes (fondos en dinero correspondientes a capital de condena para el cobro de bonos de consolidación) que no habían sido incluidos en la acción y cuyo carácter ganancial o propio no se encontraba establecido; y que tampoco se había probado el valor histórico ni actual del automotor incluido en el activo sucesorio (cfr. pericia martillero fs. 96 pto. 5).

Destacó que incluso de seguirse la opinión predominante, según la cual el ejercicio de la opción en cuestión no requiere producir prueba de que la manda excede la porción disponible, sería necesaria la determinación exacta de ésta; máxime cuando los herederos habían argumentado que el legado excedía tal porción, y que por esa razón ofrecían entregársela a la beneficiaria.

Concluyó en que no se rechazaba la acción por cuestiones de fondo sino por la falta de prueba respecto de la porción de referencia, e impuso las costas por su orden.

II. Que tal resolución fue apelada por los actores a fs. 128, fundando su recurso a fs. 145/147.

En primer lugar, invocan la nota al art. 3603 del Código Civil, y sostienen que de la misma resulta que la opción allí regulada es libre, por lo que no resulta necesaria la prueba de la afectación de la legítima.

Seguidamente critican que el sentenciante haya considerado que al accionar invocaron la violación a su legítima, pues, por el contrario, su parte sostuvo desde un comienzo la innecesariedad de la prueba de esa circunstancia.

Aducen que el cálculo de la porción disponible no es un presupuesto para la procedencia de la opción, sino que se trata de una de las operaciones a realizarse una vez ejercida aquélla. Explican que el ejercicio de la opción provoca la intervención del legatario como parte en el sucesorio, quien adquiere el derecho a percibir la porción disponible; y a su vez coloca en mora al heredero para la entrega de ésta, debiendo arbitrar los medios tendientes a tal fin.

Detallan los bienes que componen el caudal relicto, y en cuanto a los bonos aludidos en la sentencia, explican que su monto no fue incluido en tanto su parte no ha logrado su cobro, ni, consiguientemente, su ingreso al expediente sucesorio; por lo que en todo caso podría llegar a existir un crédito a favor de la legataria si se incorporaran en el futuro. Equiparan esta situación a la de los créditos incobrables y sujetos a condición suspensiva.

Aluden a la condición de rebelde de la demandada, y entienden que en función de la misma, existe una presunción de verdad respecto del valor a tener en cuenta a fin de determinar la porción disponible; la que su parte calculó en la suma de \$ 13.300 o lo que en más o en menos resultara de la estimación a practicarse por peritos y del criterio judicial.

Finalmente, se agravian de la imposición de costas por su orden, pues en el peor de los casos, correspondería que su parte cargue con las costas del rechazo de la pretensión, y que la contraria lo haga por la parte que ésta prosperó.

III. Que a fin de ordenar la exposición de este voto, cabe adelantar que el recurso en trato debe ser rechazado; exponiéndose seguidamente los fundamentos que sustentan tal decisión.

La norma de aplicación al caso es el art. 3603 del Código Civil, según el cual "Si la disposición testamentaria es de un usufructo... cuyo valor exceda la cantidad disponible por el testador, los herederos legítimos tendrán opción a ejecutar la disposición testamentaria, o a entregar al beneficiario la cantidad disponible".

La interpretación de dicha norma, por su parte, ha suscitado dos opiniones polarizadas: según la primera, el heredero únicamente podría ejercer la opción cuando demostrara que el bien cuyo usufructo se ha legado excede la porción disponible y lesiona su legítima; mientras que la segunda, seguida por la mayoría de la doctrina, sostiene que la opción cobra vigencia en todos los supuestos en que medie legado de usufructo, sin necesidad de apelar a probanza alguna. En abono de esta segunda posición, se ha entendido que "... resulta lógico que sea el heredero el juez de sus intereses, y nada agravia al legatario si se le entrega toda la porción disponible; esto es, todo lo que el causante hubiera podido legarle" (Maffia, Jorge, "Manual de Derecho Sucesorio", 4º Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, Tomo II, págs. 120/121).

Si bien la tesis reseñada en último lugar aparece como la más atendible, se estima necesario efectuar una distinción. Una cosa es sostener, en consonancia con ella, que no resulta menester la prueba de la vulneración de la legítima para poder acceder a la opción en análisis; y otra muy distinta es afirmar la innecesariedad de que se efectúe en la causa la valuación de la porción disponible.

Ello es así en tanto un razonamiento detenido de la cuestión revela que la prueba de la cuantía de la referida porción no es un requisito de admisibilidad de la opción; más sí lo es de su materialización. Veamos.

En autos debe partirse de la base de que los herederos sí se encuentran habilitados para ejercer la opción en cuestión; sin embargo, al no contarse con las operaciones de inventario y avalúo aprobadas, lo que no podrán hacer es concretar su elección de entregar a la legataria la -por ahora indeterminada- cantidad disponible.

A mayor abundamiento, los únicos elementos con los que se cuenta a ese fin a la fecha, son la declaración de los actores sobre el importe de la porción disponible, que fijan en \$ 13.300,00, (resultantes del 50 % del inmueble en cuestión, que valúan en \$ 55.000,00 y el 50 % de un automotor que valúan en \$ 11.500,00; v. fs. 17 vta.) y una tasación del inmueble de referencia, que arroja un valor actual de venta de \$ 450.000 (v. fs. 96). Como bien lo ha señalado el sentenciante, nada se estableció respecto del valor del automotor denunciado como integrante del acervo, y directamente se soslayó la inclusión de los bonos de consolidación representativos del capital a cobrar por el causante en los autos "Barbera, Javier Omar y ots. c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ Contencioso Administrativo" (v. fs. 155/163 de la Sucesión venida en carácter de AEV).

Otro aspecto relevante a ponderar está dado por los efectos concretos de la decisión; pues la demandada -concubina del causante- se encuentra habitando el inmueble cuyo usufructo le fuera legado (v. fs. 41), de lo que se sigue que en definitiva, la efectivización de la opción implicaría su desalojo.

Es por esa trascendental consecuencia, precisamente, que la ley requiere que se desinterese a la legataria, haciéndole entrega simultánea de un importe equivalente al valor de la porción disponible. Así, ante la imposibilidad actual de establecer este último, no cabe sino calificar a la efectivización de la opción como prematura.

En razón de todo lo expuesto se impone concluir que si bien en rigor no debió haberse rechazado la opción -como lo hizo el a quo-, pues es indudable que los herederos se encuentran habilitados para efectuarla, sí corresponde diferir su concreción hasta el momento en que existan operaciones de inventario y avalúo aprobadas, de manera de establecer con la mayor certeza posible el valor de lo que debe ser entregado a la legataria como consecuencia del ejercicio de aquella.-

La solución que se propicia no implica una alteración de las consecuencias de lo resuelto en primera instancia, pues su lectura detenida -en especial la alusión a que "no se rechazaba la acción por cuestiones de fondo"-, impone concluir que se ha inspirado en ideas de tenor concordante a las plasmadas en la presente resolución.

Así, y sin perjuicio de que lo expuesto implica el rechazo del recurso de apelación, a fin de disipar toda duda en cuanto al alcance de lo decidido, resulta útil una reformulación de los términos empleados en la parte resolutive de la sentencia en crisis, de manera de aclarar que la opción del art. 3603 no debe rechazarse sino diferirse su efectivización hasta el momento señalado en el párrafo que antecede.

IV. Que lo aquí resuelto se encuentra también en línea con lo que al respecto dispone el novísimo Código Civil y Comercial, cuyo art. 2460 establece que: "Si la disposición gratuita entre vivos o el legado son de usufructo, uso, habitación o renta vitalicia, el legitimario, o en su caso todos los legitimarios de común acuerdo, pueden optar entre cumplirlo o entregar al beneficiario la porción disponible".

Sin perjuicio de que dicha norma no resulta aplicable al caso en estudio, en tanto la ley que rige la validez del testamento es la vigente a la muerte del testador (arg. art. 2466), la misma resulta esclarecedora a los fines interpretativos, por cuanto se inclina por la postura mayoritaria en doctrina -que, como ya se reseñó, postulaba la irrelevancia de la prueba de la afectación de la legítima-, más manteniendo como requisito para la concreción de la opción, la entrega de la porción disponible; lo que presupone su determinación.

V. Que el agravio relativo a la imposición de las costas de la primera instancia debe prosperar parcialmente.

En efecto, la resolución recurrida hizo lugar a la pretensión relativa a la declaración del carácter ganancial del inmueble gravado con el usufructo, por lo que en este punto es de toda justicia que sea la demandada quien cargue con las costas.

Distinta es la solución que corresponde en lo relativo al ejercicio de la opción, pues ello no sólo constituye materia discutible -tal como ha quedado evidenciado en el desarrollo del presente-, sino que además, en virtud de haberse establecido el diferimiento de la efectivización de aquella, ninguna de las partes ostenta técnicamente condición de vencedora o de vencida. Así, en este aspecto, sí aparece como correcta la imposición de costas por su orden.

Ahora bien, en cuanto a la determinación de los honorarios, debe ponderarse que en la instancia precedente se aplicó el art. 10 de la Ley 3641 -encuadre que no ha sido objeto de queja y que por lo tanto debe ser respetado en atención a encontrarse firme-, fijándose como suma global la de \$ 18.000, comprensiva de lo actuado para lograr tanto la declaración de ganancialidad del bien como la de la procedencia de la opción prevista en el art. 3603 del CCiv.

No caben dudas de que, atento a la solución que se propicia en esta instancia, deben practicarse dos regulaciones de honorarios independientes para cada una de las actuaciones que se reditúan.

Así, por lo actuado en lo relativo al ejercicio de la opción, en la medida en que ello quedó diferido, la misma suerte deberán correr los honorarios correspondientes.

Por el contrario, en lo atinente la declaración de ganancialidad del bien, su cuantía debe quedar determinada, por tratarse de una cuestión que quedó ya zanjada en primera instancia.

Resulta de aplicación, tal como se adelantara párrafos atrás, el art. 10 ya referido, que dispone que: "Cuando el objeto de un proceso no pueda ser valuado por ningún procedimiento, se tendrán en cuenta al regular honorarios: a) Las actuaciones establecidas para su desarrollo; b) Las actuaciones de prueba; c) Las actuaciones de trámite; d) La situación económica y social de las partes; e) Las consecuencias morales y la influencia que tenga sobre los bienes y personas de las partes; f) El mérito jurídico de la labor profesional y resultado obtenido; g) El tiempo empleado y la dedicación otorgada; h) La novedad del problema discutido y la probable trascendencia de la solución a que se llegue para casos futuros (...)".

Este Cuerpo ha tenido ya oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de tales pautas, sosteniendo que "Sin perjuicio de que de la ley no surja expresamente que ninguna de tales directivas deba primar por sobre las

demás, una interpretación teleológica impone concluir en la incuestionable trascendencia de la contenida en el inciso "e", en tanto se traduce en definitiva en la ponderación de la utilidad concreta que ha tenido el trabajo profesional sometido a regulación judicial" (L.A. 044-070).

En consonancia con ello, y atendiendo a la finalidad primordial perseguida por los actores, que es la liberación del usufructo respecto del único inmueble existente en el caudal relicto, contra la entrega del valor de la porción disponible, aparece clara la utilidad de establecer concretamente la naturaleza de los bienes integrantes del acervo, pues ello repercutirá sobre el valor referido.

Por otro lado, y siguiendo las pautas de los incs. "a", "b", "c", "f", "g" y "h", se valora que la actividad probatoria consistió en la incorporación de instrumental e informativa (v. fs. 7/15 y 98), así como en la rendición de tres testimoniales (v. fs. 79/83) y una pericial (v. fs. 95/97); sin perjuicio de advertirse también que la cuestión no reviste ribetes particularmente novedosos y que el trámite procesal no presentó complejidad específica, por lo que no exigió esfuerzo profesional más allá del promedio.

Ponderando todo ello, se estima que los honorarios por lo que prospera la pretensión, esto es, la declaración de ganancialidad del bien inmueble en cuestión, deben fijarse prudencialmente en la suma de \$ 10.000,00; quedando diferidos los correspondientes al ejercicio de la opción del art. 3603 del CCiv.

**SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. MARTÍNEZ FERREYRA, DIJO:**

Que atento a lo resuelto respecto del ejercicio de la opción conferida a los legitimarios, corresponde que las costas de Alzada en este punto sean impuestas por su orden (arts. 35 y 36 inc. V del CPC), difiriéndose la regulación de honorarios profesionales.

En la parte en que el recurso de apelación prospera, esto es, la imposición de costas de primera instancia a la accionada por la declaración de ganancialidad del inmueble gravado, corresponde que sea ella quien cargue con las costas de esta instancia (arts. 35 y 36 del CPC).

La base regulatoria correspondiente estará constituida por las costas de primera instancia; esto es, gastos de justicia y honorarios profesionales del letrado de la parte vencedora.

Así voto.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Moureu y Rodríguez Saá adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia definitiva, la que a continuación se inserta.

**SENTENCIA:**

**Y VISTOS:**

Por el mérito del acuerdo que antecede este Cuerpo

**RESUELVE:**

I. Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto a fs. 128 por la parte actora en contra de la sentencia de fs. 122/125. En consecuencia, modificar los resolutivos 2º, 3º y 4º de la misma, que quedarán redactados tal como sigue:

"2º) Hacer lugar al ejercicio de la opción del art. 3603 del Cód. Civ., difiriendo su efectivización hasta la aprobación de las operaciones de inventario y avalúo en los autos CUIJ: 13-00637747-9( (012051-5643)

BARRACO, CARMELO CRUZ Y. LOPEZ SAAVEDRA, MARILYN DE LOURDES S/ SUCESIÓN".

"3º) Imponer las costas a la demandada vencida por lo que prospera la pretensión de declaración de ganancialidad del bien inmueble, y por su orden en lo relativo al ejercicio de la opción prevista en el art. 3603 del CCiv. (arts. 35 y 36 inc. V del CPC)".

"4º) Regular los honorarios de la Dra. Daniela Mugianesi en la suma de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000,00) por lo que prospera la pretensión de la actora, y diferir los correspondientes al ejercicio de la opción".

II. Imponer las costas de Alzada por su orden en lo que se rechaza el recurso y a la demandada por lo que éste prospera (arts. 35 y 36 del CPC).

III. Diferir la regulación de honorarios de Alzada por lo que se rechaza el recurso hasta tanto sean determinados los diferidos en primera instancia.

IV. Regular los honorarios de la Dra. Daniela Mugianesi por lo que prospera el recurso en la suma de PESOS CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS CON 32/100 (\$ 492,36).

NOTIFÍQUESE Y BAJEN.

DR. OSCAR ALBERTO MARTÍNEZ FERREYRA - DRA. BEATRIZ MOUREU - DR. ADOLFO RODRÍGUEZ SÁA.