

CONDominio. CONSTITUCIÓN DEL CONDOMINIO. COHEREDEROS. SUCESIÓN*

DOCTRINA:

1) *Tratándose de un testamento que contiene institución de herederos o de una sucesión ab-intestato a favor de varios herederos no hay condominio, pues entre los coherederos se establece una comunidad que recae sobre toda la herencia, con exclusión de los créditos y deudas divisibles, y dicha comunidad, que supone una masa de bienes en sentido amplio, no puede constituir un derecho real, puesto que éste sólo puede recaer sobre cosas singulares.*

2) *Resulta improcedente la constitución del derecho real de condominio con la sola inscripción de la declaratoria de herederos, toda vez que el nacimiento de un derecho real no puede quedar librado al arbitrio judicial o a la voluntad de los particulares.*

Cámara Nacional Civil, Sala H, septiembre 4 de 2000. Autos: “Zuccotti, Alfredo J. c. Zuccotti, Jorge J. y otro”.

2ª Instancia. — Buenos Aires, setiembre 4 de 2000.

El doctor Kiper dijo:

Contra la sentencia dictada en la anterior instancia a fs. 106/9, que hace lugar a la demanda declarando disuelto el condominio que unía a las partes, expresa agravios la parte actora a fs. 139/40, cuyo traslado fuera contestado por los demandados a fs. 142/3.

* Publicado en *La Ley* del 25/07/2001, fallo 102.353.

La parte actora se agravia por cuanto en la sentencia apelada, pese a haberse hecho lugar a la demanda por ella planteada, se le imponen las costas.

Así las cosas, atento a la índole de los agravios me encuentro vedado de pronunciarme con relación a lo decidido en la instancia de grado respecto de la procedencia de la acción, por lo que todo el análisis que efectuaré lo es con el único fin de determinar quién debe cargar con las costas del juicio.

No existen dudas de que por costas se entiende todos los gastos que se deben afrontar en el proceso. Mucho más controvertida resulta la cuestión atinente a su naturaleza jurídica.

Desde aquellos que sostuvieron que la naturaleza jurídica de la condena en costas es el cuasi-contrato emergente de la *litis-contestatio*, de forma tal que al producirse ésta con la contestación de la demanda, se contrae entre las partes una obligación recíproca del reintegro de costas. O quienes sostuvieron que todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está en el deber de repararlo, siendo innecesaria la existencia de dolo o malicia; bastaría que hubiese culpa o negligencia juzgada con el criterio que el mismo Código imparte en el art. 902; de modo tal que debe presumirse aquella culpa o negligencia en el vencido, porque tal es la situación que la ley y la razón asignan al que ha obrado contra derecho. Hasta aquellos que se enrolaron en la teoría del riesgo, que afirma que si el actor demandó y el demandado se opone, ambas partes corrieron un riesgo que pudieron evitar, por lo que es justo que carguen los gastos que su actividad acarrea (ver Gozaíni, *Costas procesales*, pág. 20, Ediar, 1990).

En nuestro régimen procesal las costas son corolario del vencimiento, se imponen no como sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido con prescindencia de la buena o mala fe con que haya actuado por haberse creído con derecho. Tal es el principio general, pero también la norma deja un margen de libertad suficiente al magistrado, el que resguarda la equidad de la decisión (ver Gozaíni, ob. citada, pág. 32, Ediar, 1990).

Así, quien promueve una demanda lo hace por su cuenta y riesgo, debiendo hacerse cargo de los gastos provocados en quien se vio constreñido a defenderse si no quedó demostrada la necesidad de accionar.

En tal inteligencia, independientemente del resultado final del litigio, cabe verificar si en autos el actor se vio constreñido a litigar. A tal fin, considero que no resulta sobreabundante destacar que las partes son herederos de quien en vida fuera Antolina Alcira Comastri de Zuccotti, conforme la declaratoria de herederos dictada en los autos sucesorios correspondientes y que los bienes objeto de la presente *litis* son los que integraban el acervo hereditario de la *de cuius*.

Tales extremos resultan de vital importancia, por cuanto cuando se trata de un testamento que contiene institución de herederos o cuando se trata de una sucesión *ab intestato* a favor de varios herederos, no hay condominio.

No hay condominio, porque entre los coherederos se establece una comunidad que recae sobre toda la herencia, con exclusión de los créditos y deudas

divisibles. Esta comunidad, que supone una masa de bienes en sentido amplio (objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor, art. 2312), no puede constituir un derecho real, puesto que éste sólo puede recaer sobre las cosas (únicamente objetos materiales, art. 2311) singulares (conf. Papaño-Kiper, *Derechos Reales*, t. I, pág. 298, Ed. Depalma, 1995).

El art. 2674 del Cód. Civil establece expresamente que: “No es condominio la comunión de bienes que no sean cosas”.

Sólo a mayor abundamiento destaco que ninguna duda puede haber respecto de que los derechos de los condóminos no son los mismos que los de los coherederos, que el régimen de administración es distinto y, en especial, que cuando se decide poner fin a ese estado de comunidad habrá que recurrir a la división de condominio o la partición hereditaria, según el caso.

No se me pasa por alto que hay autores que sostienen que cuando en una sucesión los herederos se limitan a inscribir la declaratoria en el Registro de la Propiedad respecto de un determinado inmueble y sin hacer la partición, se puede considerar que la indivisión hereditaria se transforma en condominio.

Un tema por demás discutido, que incluso ha llevado a algunos juristas a sostener que la solución va a variar según que haya o no transcurrido mucho tiempo desde la inscripción.

En tal sentido, existe un plenario de la ex Cámara Nacional Especial Civil y Comercial (*in re* “Silva, Dora B. y otro c. Silva, Rodolfo O., del 18 de mayo de 1987, *La Ley*, 1987-E, 467) que parece adoptar esta tesis, pues en el mismo se sostuvo que no cabe tener por constituido el condominio si desde la inscripción de la declaratoria ha transcurrido escaso tiempo.

Al efecto se sostuvo que la prolongación en el tiempo de la inscripción registral de la declaratoria es uno de los hechos fundamentales a tener en cuenta para saber si nos encontramos frente a la indivisión de la masa hereditaria o frente al condominio.

Interpretado el plenario *a contrario sensu*, permite sostener que el condominio queda constituido si ha transcurrido mucho tiempo. Lo que ha sido muy criticado, pues la tesis de la transformación automática de la comunidad hereditaria en condominio es realmente peligrosa.

Ello así por cuanto crea una gran inseguridad jurídica, ya que el nacimiento de un derecho real en cuya reglamentación está interesado el orden público no puede quedar librado al arbitrio judicial o a la voluntad de los particulares (conf. Areán, en Bueres-Highton, *Código Civil y normas complementarias*, t. 5, pág. 559, Ed. Hammurabi, 1998).

Además, el art. 2675 establece que: “El condominio se constituye por contrato, por actos de última voluntad, o en los casos que la ley designa”. Fuera de la enumeración que allí se hace, sólo cabe agregar la prescripción adquisitiva, ya sea ésta corta o larga (arts. 3999 y 4015).

Por tanto, la constitución de un condominio por la prolongación de una indivisión carece de asidero legal y sólo reconoce una referencia aislada en la nota al mencionado art. 2675 (conf. Papaño-Kiper, ob. citada, pág. 300, Ed. Depalma, 1995).

Sobre esta base, considero que no puede admitirse que con la sola inscripción de la declaratoria de herederos se configure el derecho real de condominio y, por tal motivo, otro debió haber sido el pronunciamiento respecto de la pretensión introducida en la demanda.

Independientemente de lo expuesto –y en la inteligencia de que no se puede volver sobre ese punto–, advierto que el referido fallo, aun resultándole favorable en cuanto admite lo solicitado en el escrito de demanda, carece de alguna utilidad para el actor.

En efecto, la sentencia de grado declara disuelto el condominio que uniera a las partes. A tales fines, lo normal sería que en la ejecución de sentencia se designara un partidor, se efectuara la partición y, de esa manera, se pusiera fin al condominio.

Mas sin embargo, es de advertir que las partes se encuentran contestes en que la partición ya se ha realizado en los autos sucesorios y que dicho acuerdo particionario se encuentra homologado.

Por tal motivo, cuando se intente ejecutar la sentencia dictada en autos habrá que recurrir inexorablemente a tal partición, puesto que de realizarse una nueva se estarían vulnerando los derechos que se desprenden del mismo y que han pasado a integrar el patrimonio de las partes.

De lo que se advierte que la situación de la actora en esta etapa procesal será exactamente igual a la que se encontraba antes de iniciar el presente proceso.

Siendo así, se puede apreciar que toda su tramitación, lejos de avanzar para poner fin a los conflictos suscitados entre los herederos, retrocede a etapas ya cumplidas y sobre las que no se puede volver.

No obstante a ello los argumentos esgrimidos por el actor con relación a que los demandados no han dado cumplimiento con el pago en dinero que debían efectuar como compensación por el mayor valor obtenido, puesto que tal situación –conforme bien lo señala el *a quo*– simplemente permitirá que se promueva la ejecución del convenio homologado, pero en modo alguno podrá afectar su validez.

De lo hasta aquí sostenido se desprende que, más allá de la favorable acogida que recibiera la acción principal, la que me encuentro vedado de valorar por cuanto no ha sido materia de agravios, lo cierto es que en autos se verifica la ineficacia de su proceder, atento a que no se configura la necesidad de haber incoado un juicio por división de condominio, por lo que resulta equitativo que cargue con las costas de su actuar desacertado.

Por todo lo expuesto, propongo que se confirme la sentencia apelada en cuanto impone las costas a la parte actora. Imponiendo las costas de la alzada al apelante de conformidad con el criterio objetivo de la derrota.

Los doctores *Achával y Gatzke Reinoso de Gauna*, por las consideraciones expuestas por el doctor *Kiper*, adhieren al voto que antecede.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el tribunal decide confirmar la sentencia apelada en cuanto impone las costas a la parte actora, imponiendo

las costas de la alzada al apelante de conformidad con el criterio objetivo de la derrota.

Difiérase la regulación de honorarios de la alzada una vez establecidos los de la instancia anterior. — *Claudio M. Kiper.* — *Elsa H. Gatzke Reinoso de Gauna.* — *Marcelo J. Achával.*