
Simulación*:

Interposición de personas: nulidad. Actos y Hechos Jurídicos: Nulidad manifiesta: efectos. Sucesión: Derecho real de habitación del cónyuge supérstite: carácter; oportunidad de su petición. Costas: Imposición por su orden: condóminos.

1) Del contenido del art. 955 del cód. civil, la doctrina extrae variadas especies de simulación. La última parte del artículo incluye a la simulación relativa subjetiva, conformada por la interposición ficticia de personas.

2) La interposición de personas en un acto simulado, consiste en la inserción de un intermediario ficticio en una relación jurídica que surge o está destinada a realizarse entre otras personas. La persona interpuesta es el vehículo a través del cual el efecto jurídico debe transferirse al patrimonio del interesado real. Su función es la de ocultar la personalidad del verdadero titular, de la parte contratante.

3) El interponente en un acto simulado, por lo general, es una persona que está afectada por una prohibición de adquirir, y recurre entonces a otro sujeto que oficiará de nexo y adquirirá, por él, los bienes.

4) En los supuestos de simulación por interposición ficticia de personas, se puede llegar a violar

la prohibición de contratar o también producir perjuicio a los herederos forzosos. Si la simulación perjudica a terceros o si, por otros motivos, es contraria a la ley, se convierte en ilícita (arts. 957 y 958, cód. civil); éste es, desde luego, el caso más frecuente, y debe ser declarada de oficio por los jueces.

5) Sostiene cierta doctrina minoritaria que la existencia de actos con nulidad manifiesta (nulos) no obsta a la buena fe del adquirente, cuando el defecto no sea "ostensible" para él.

6) La doctrina casi unánime, frente a los actos nulos de nulidad manifiesta, sostiene que la sola buena fe no basta en el derecho; no es un desideratum que permita suplir todo otro recaudo, ni hacer nacer un derecho ahí donde nada había.

7) El art. 3573 bis del cód. civil reconoce un derecho real de habitación al cónyuge supérstite sobre el único inmueble asiento del hogar conyugal, asimilable al derecho alimentario, dado el

(*) El Derecho, 22/06/2006.

carácter eminentemente asistencial que el mismo reviste, e independiente de la legítima y puede peticionarse hasta el momento de la partición, no obstante la inscripción de la declaratoria de herederos, ya que ésta no pone fin a la comunidad hereditaria.

8) Corresponde la aplicación del párrafo segundo del art. 68 del cód. procesal, si la litigante vencida ha incurrido en error verosímil, siendo clara su buena fe, lo que hizo que tuviera la obligación

jurídica o moral de defenderse como lo hizo sometiendo la cuestión a decisión judicial.

9) Un condómino no tiene, en principio, obligación de pagar los honorarios de los otros, pues tal circunstancia, pagando además a su propio letrado, importaría obligarlo a recibir merceda su porción. M.M.A.

54.100 – CNCiv., sala D, marzo 21-2006.– M., G. R. c. T., M. L. C. s/sustitución.

En Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 21 días del mes de marzo de 2006, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, para entender sobre el recurso interpuesto en los autos caratulados "M., G. R. c. T., M. L. C. s/sustitución", el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Domingo A. Mercante - Eduardo M. Martínez Álvarez - Diego C. Sánchez.

A la cuestión planteada el doctor *Mercante* dijo:

La sentencia de fojas 174/177 "hizo lugar a la demanda interpuesta por G. R. M., J. O. M. y L. R. M.". "En consecuencia declaró la nulidad por simulación del acto de compra-venta efectuado con fecha 24 de marzo de 1986 pasada por ante el escribano R. F. T. escritura pública número 78" (*sic*).

Aclararé esta concisa conclusión introduciéndome en el caso.

I. DESARROLLO DEL PROCESO

1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

a) A fojas 5/7 se presentan con patrocinio letrado los hermanos G. R., J. O. y L. R. M. Se declaran hijos de don O. A. M. y doña M. R. I., fallecida esta última el

16-5-75 y el primero el 5-1-01, sucesión del cual se tramitó ante el Juzgado N° 101 de este fuero, y en el cual se había denunciado como integrante del activo hereditario la Unidad designada con el N° 4 del piso 2° del inmueble sito en esta ciudad, Avda. Luis María Campos N° ...

Obviando la falta total de claridad y precisión que muestra este escrito de demanda, puede aceptarse la dominialidad referida sobre el inmueble señalado del contenido del certificado emitido por el registro de la propiedad Inmueble agregado a fojas 49 de los autos caratulados: "T. N. V. s/sucesión *ab intestato*", tramitado bajo el N° 53.451/2000 ante el Juzgado N° 68 de este fuero, cuya integración a este expediente se explicará más adelante, pues de la sucesión de la prefallecida señora I. de M., y tramitada ante el juzgado N° 8, Secretaría N° 16, que conformaría el comienzo de este caso, y las respectivas proporciones en el dominio del inmueble en discusión, nadie se ocupó.

Salvado este descuido –aparentemente intrascendente para todos los intervinientes en este proceso– continuaré refiriéndome al escrito de demanda.

Retomando la cuestión, queda claro que el dominio sobre el inmueble de la Avda. Luis María Campos ..., como consecuencia del fallecimiento de la madre de los ahora presentantes quedó un 50% en cabeza de estos últimos y el resto, en su calidad de integrante de la sociedad conyugal, en la de don O. A. M.

Continúan narrando los actores, que el padre de ellos –es decir, don O. A. M. al que acabo de nombrar– contrajo segundas nupcias con M. L. C. T., manteniendo ellos el departamento de Avda. Luis María Campos como vivienda de ambos, hasta que el 5-1-02, se produjo el fallecimiento de aquél.

Ante gestiones de los tres herederos, llegó a conocimiento de los mismos que con fecha 24-3-86 había transferido el 50% del inmueble en cuestión a doña N. V. T., hermana de su nueva cónyuge, vendiéndolo por la suma de australes veinte mil (A 20.000), por medio de la escritura pública N° 78 pasada el 24-3-86 al folio 170 del registro notarial N° 38 de esta ciudad a cargo del escribano R. T.

Que en esa misma fecha, la adquirente firmó un *contradocumento* reconociendo que la venta no era real, que los gastos corrían por cuenta del vendedor, al que, además, le reintegró los A 20.000 recibidos en concepto de precio. Que asimismo, en igual fecha –confirió o se obligó a otorgar–, a favor del vendedor, y de su hermana cónyuge del mismo, poder irrevocable de escrituración. Esta compradora falleció el 7-7-99, y su hermana –nueva cónyuge del padre de los presentantes– se apresuró a promover su juicio sucesorio *ab intestato* ante el Juzgado 68 en su carácter de cesionaria de los derechos de la occisa, recibidos

de la madre de ambas y, por tanto, única y universal heredera de la causante. Finalizan haciendo saber que ante la situación descripta hicieron anotación preventiva de la litis solicitando se declare nula por simulación la venta que don O. A. M. hizo a favor de N. V. T.

b) A fojas 82/85, doña M. L. C. T. se presenta bajo patrocinio letrado dando contestación a la demanda. A continuación de una negativa genérica de los hechos que se le imputan, reconoce la venta que su cónyuge hiciera a favor de su hermana de la unidad inmueble de la Avda. Luis María Campos. Que fallecida su hermana, en la respectiva sucesión resultó heredera la madre de ambas, la que, con fecha 26-8-99 por escritura N° 276 cedió a su favor la totalidad de esos derechos, entre los cuales estaba el 50% en el dominio del referido inmueble.

Que su esposo procedió haciendo uso legítimo de sus derechos al disponer de un bien que le pertenecía, lo que no producía daño alguno a sus hijos, habiendo sido ella un tercero que no participó en esa operación y, por lo tanto, ajena al caso.

Que continuaron, junto con su cónyuge, atendiendo las necesidades del inmueble. Que con referencia al contradocumento cuya firma se atribuye a su fallecida hermana, lo desconoció hasta el momento en el que se dictó la medida precautoria sobre el inmueble, habiendo ignorado su existencia con anterioridad.

Que "a todo evento" invoca expresamente el art. 3573 bis así como el 996 del cód. civil que protegen los derechos de terceros; que, en síntesis, la simulación es inoponible a los terceros de buena fe y su protección está basada en la imposibilidad de haber conocido el vicio del derecho transmitido.

2. LAS PRUEBAS OBRANTES EN AUTOS Y SUS AGREGADOS

Se agregaron al presente los expedientes N° 50.081/ 2001 caratulado "M., O. A. s/sucesión *ab intestato*" tramitado por ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 101; N° 53.451/2000 caratulado "T., N. V. s/sucesión *ab intestato*" por ante el Juzgado N° 68, y el N° 73.171/2001 caratulado "M., L. R. c. T., M. L. C. s/medidas cautelares", por ante el Juzgado del mismo fuero N° 52.

La demanda hizo oportuna agregación de boletas, comprobantes del pago de servicios de Aguas Argentinas, Alumbrado Barrido y limpieza (ABL) emitidas por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, así como del pago de las expensas comunes del inmueble en cuestión, por los últimos años, que lucen a fojas 44/77. En tanto, solicitada por la actora, se produjo la pericia caligráfica obrante a fojas 152/155, en la cual el experto

concluye a fojas 154 vta. que la firma puesta en el contradocumento antes referido pertenece a doña N. V. T.

Clausurado este período a fojas 162, a fojas 167 alegó la actora y a fojas 169/171 lo hizo la demandada.

3. LA SENTENCIA

Analizada por la señora juez *a quo* la totalidad de la documentación probatoria y los sucesivos actos por medio de los cuales se fue transmitiendo el dominio de la parte indivisa que originariamente correspondía a don O. A. M. sobre la Unidad Funcional N° 4 del piso 2° del edificio sito en la calle Luis María Campos ... de esta ciudad (escritura N° 78 del 24-3-86 de venta a N. V. T. a fojas 144/146; escritura N° 275 del 26-8-99 de donación de L. A. M. de T. a favor de M. L. C. T. de M. a fojas 147/148; informe dominial de fojas 49, todos ellos de la causa N° 53.451/2000, y el contradocumento ya citado de fojas 143 examinado por el experto calígrafo a fojas 152/155 de los presentes), concluyó en que "había quedado debidamente acreditado que la venta del departamento fue simulada, y la voluntad real de las partes plasmada en el contradocumento cuya autenticidad fue demostrada en los presentes, por lo cual correspondía hacer lugar a la demanda por nulidad del acto jurídico por simulación; que conforme se desprendía de las constancias de autos y del sucesorio de N. V. T., en los cuales la titularidad dominial pasó a su madre y ésta, a su vez, la donó a su hija M. L. C. T. de M., la acción de simulación resulta oponible a la demandada por haber adquirido el bien a título gratuito, no gozando de la protección legal que el art. 1051 del cód. civil confiere a los adquirentes de buena fe y a título oneroso, haciendo lugar a la demanda y declarando las costas del juicio de cargo de la demandada.

4. LOS AGRAVIOS DE LA DEMANDADA Y SU CONTESTACIÓN

a) A fojas 185/187 se agravia la demandada, declarándose tercero ajeno al negocio jurídico celebrado por las partes (M.-V. T.), por lo cual la exclusión de los beneficios que otorga a esos terceros el art. 1051 el cód. civil por parte de la señora juez *a quo*, no tiene sustento ni razón alguna. Que el fallo apelado ha omitido considerar su calidad de tercero, que ignoraba la existencia de acuerdo simulatorio alguno. Que el inmueble llegó a sus manos por la transmisión hereditaria de su hermana a su madre, y de esta última a su titularidad, siendo ella tercero de buena fe, por lo que solicita se revoque la sentencia rechazando la acción en su contra promovida por los herederos de don O. A. M.

b) A fojas 190 contesta la actora destacando que el art. 1051 citado en su favor por la demandada, además del carácter de buena fe que debe acreditar quien se acoge a sus beneficios, debe reunir el de haber sido adquirente a título oneroso, habiendo quedado demostrado que en el caso lo fue a través de una donación gratuita efectuada por su madre quien, a su vez, lo había hecho por transmisión *mortis causa* al haber resultado única y universal heredera de N. V. T., la que, atento a lo que surge del contradocumento, lo había recibido en iguales condiciones, siendo éste justamente el hecho que hace oponible a la demandada la simulación decretada en la venta de O. A. M. a N. V. T. Pide la confirmación de la sentencia.

II. LA REVISIÓN

Es principio recibido, de acuerdo a la génesis lógica de la sentencia, que un desarrollo erróneo de la evolución de los hechos y pruebas aportados a la causa, es capaz de desviar o disminuir la posibilidad de la subsunción de los hechos en la norma, es decir, la aplicación del derecho a los hechos. De esa manera, en beneficio de la claridad en las interpretaciones, comenzaré por presentar cronológicamente el acaecer de los hechos.

1. LOS HECHOS

- a.** 16-5-75: Fallece doña M. R. I., cónyuge de don O. A. M.
- b.** 9-12-75: M., nacido el 26-7-13, contrae nupcias con doña M. L. C. T., nacida el 15-12-30.
- c.** 24-3-86: M. vende a N. V. T., hermana de M., la Unidad 4 del piso 2º de Luis María Campos ... En esta misma fecha la compradora firma el contradocumento.
- d.** 7-7-99: N. V. T. fallece. Soltera y sin hijos, resulta única y universal heredera de su madre, doña L. A. M. de T.
- e.** 27-8-99: L. A. M. de T. dona gratuitamente y sin cargo, a su hija M. T. de M., los derechos recibidos de su hija prefallecida sobre el inmueble de Luis María Campos ..., cuyo dominio ya había sido registrado en la respectiva institución.
- f.** 22-2-02: los descendientes de M., hijos de su primer matrimonio con M. R. I., promueven la presente acción.

En este complejo divagar del dominio del inmueble de la calle Luis María Campos ... corresponde destacar la verdadera y real voluntad del iniciador de ese viaje.

Surge con suma claridad del cuadro precedente que M., transcurridos once años de su matrimonio con M. T., de seaba hacerla dueña de su parte indivisa de la unidad inmueble en cuestión. Lo muestra su declaración en el acto escriturario (fs. 144/146, expte. 53.451): "Dice que vende a N. V. T., la parte indivisa que tiene y le corresponde, *haciéndose reserva del usufructo vitalicio a su favor y a favor de su cónyuge M. L. C. T. M. de M.*".

Lo ratifica en el contradocumento que firma, en ese mismo acto, la compradora (fs. 12 expte. 50081). Comienza con estas palabras: "*Conste por el presente me obligo a transferir a favor de don O. A. M. o de doña M. L. C. T. de M., sin cargo alguno y cuando me lo pidan, la parte indivisa de la unidad funcional ...*" y finaliza: "*A los efectos de garantizar la escritura traslativa de dominio a favor del señor O. A. M. o de M. L. C. T. de M. ... se otorga un poder especial a favor de quien el mismo indique*"(sic).

Cabe agregar que ese contradocumento manifestaba, a continuación de la descripción del inmueble que "M. lo había escriturado en la fecha a mi nombre, siendo los gastos de escrituración de su cuenta... sin que yo, por mi parte, pueda reclamar suma alguna por ningún motivo, desde que los veinte mil Australes que he abonado al vendedor como precio de venta, me ha sido reintegrado [sic] por M. en este mismo acto", palabras éstas que dejaban configurada, definitivamente, la realidad de la operación de compra venta, pero también la verdadera y cierta voluntad que, ingresado en las prohibiciones del art. 1358 del cód. civil para vender a su cónyuge, intentaba hacerlo por la vía referida.

También es claro que M. sabía de la imperatividad de la prohibición citada, aunque si bien es cierto que algunos autores intentan suavizar sus efectos (López de Zavalía intentaba agregar la hipótesis de que la venta entre cónyuges se realizara cumpliendo una promesa de venta anterior al matrimonio, dejándola incluida en el inc. 2º del art. 1324), pero dada la imperatividad –repito– del contenido del artículo, la doctrina prácticamente unánime la ha calificado nula, de nulidad manifiesta e imprescriptible (Salvat-Acuña Anzorena, Borda, Rezzónico, entre muchos otros). Pero lo cierto es que ese bien intencionado contradocumento –por ahora y sin adelantar mi opinión– aparentemente ha cerrado toda posibilidad de redimir el error cometido por M.

Tan terminante había sido su voluntad de hacer propietaria a su cónyuge de la parte indivisa que le correspondía en el inmueble, que ni el fallecimiento de la aparente titular N. V. T., ocurrido trece años después, el 7-7-99, apartó a su única heredera, su madre, de seguir respetándola al donar a M. lo recibido en ese carácter, todo lo que permite hacer una bondadosa calificación de la simulación en tratamiento.

2. EL DERECHO

a) Sobre la simulación: Dice el art. 955 del cód. civil que “la simulación tiene lugar, cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”.

Del contenido de este artículo la doctrina extrae variadas especies de simulación (Mosset Iturraspe, Jorge, “Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios”, Ediar, Bs. As., 1974, I pág. 157). Este autor, con referencia a la última parte del art. 955 transcripto, incluye en sus diferenciaciones, a la simulación relativa subjetiva, conformada por la interposición ficticia de personas.

La interposición –dice– consiste en la inserción de un intermediario ficticio en una relación jurídica que surge o está destinada a realizarse entre otras personas. La persona interpuesta es el vehículo a través del cual el efecto jurídico debe transferirse al patrimonio del interesado real. Su función es la de ocultar la personalidad del verdadero titular, de la parte contratante. El interponente, por lo general, es una persona que está afectada por una prohibición de adquirir, y recurre entonces a otro sujeto que oficiará de nexa y adquirirá, por él, los bienes. En estos casos se puede llegar a violar la prohibición de contratar, sino también, producir *perjuicio* a los herederos forzosos. Y nos instruye Borda (“Tratado, Parte General II”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999, pág. 325): si la simulación perjudica a terceros o si, por otros motivos, es contraria a la ley, se convierte en ilícita (arts. 957 y 958, cód. civil); éste es, desde luego, el caso más frecuente, y debe ser declarada de oficio por los jueces.

A la *causa simulandi* del contrato de venta celebrado entre M. y N. V. T. nos hemos referido antes de ahora: Poner en cabeza de su cónyuge, M. L. C. T. el dominio de la parte indivisa de su pertenencia en el inmueble de la calle Luis María Campos, lo que le estaba prohibido por el art. 1358 del cód. civil y disminuía la proporción que les correspondía a sus herederos forzosos, sin perjuicios –claro está– de la que corresponde a la demandada en su calidad de cónyuge legítima de M. (art. 3585, cód. civil).

Las pruebas a este respecto resultaron incontrovertibles; la declaración de la “compradora” en el contradocumento en el sentido de que no es tal cosa, en razón de reintegrar el precio que se dijo abonado al vendedor, y las demás antes consideradas no permiten arribar a una conclusión distinta (V. fs. 12 de suc. M.;

fs. 143 del presente, y resultado de la pericia caligráfica de fs. 152/155 afirmación de fs. 154 vta.).

b) Sobre la invocación del art. 1051 del cód. civil: Ante el reclamo de los actores, hijos y herederos forzosos de M., y frente a las consecuencias que la producen las manifestaciones del contradocumento referido, la demandada invoca la protección que la ley 17.711 [ED, 26-961] otorga a quienes llegaron a ser propietarios en virtud de un acto anulado; en efecto, deja a salvo de esa reclamación a "los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable" (art. 1051, cód. civil). La pretensión no está mal ejercida, pues el acto celebrado entre M. y N. V. T. fue extrínsecamente perfecto. Pero el reconocimiento del derecho previsto en el artículo citado exige el cumplimiento de dos condiciones: el tercero debe ser de buena fe y a título oneroso.

La demandada trae a favor de su pretensión, respecto de la primera de las condiciones, su ignorancia sobre la existencia del contradocumento extendido por su hermana referente a la compra del inmueble de la calle Luis María Campos.

Sostiene cierta doctrina que pueden presentarse casos en que aún tratándose de actos nulos, el vicio no aparece manifiesto; aquí surgiría la necesidad de proteger al tercer adquirente de buena fe que ha confiado en el título aparente de su antecesor. En este sentido señala Alterini que los actos nulos se corresponden con los de nulidad manifiesta (art. 1038), pero ello no implica que el carácter manifiesto del vicio necesariamente lo convierta en "ostensible" para el subadquirente. La existencia de actos con nulidad manifiesta (nulos) no obsta a la buena fe del adquirente, cuando el defecto no sea "ostensible" para él (Jorge Joaquín Llambías, "Código Civil Anotado", Abeledo-Perrot, Bs. As. 1979, II-B, pág. 245 en comentarios al artículo).

La doctrina casi unánime rechaza estas consideraciones: es que la sola buena fe no basta en el derecho; no es un *desideratum* que permita suplir todo otro recaudo, ni hacer nacer un derecho ahí donde nada había. Borda, con fundamento en lo dispuesto en el art. 996, participa de este último criterio, pero aclarando que "si se prueba que el tercero tenía conocimiento de la simulación, la acción de nulidad es procedente" (ob. cit., pág. 349 N° 1195).

Era obligación de la demandada acreditar su desconocimiento sobre la existencia del contradocumento. Ante su pasividad al respecto, se le oponen los hechos de que concurrió a la firma de la escritura de venta, otorgando su conformidad con lo en ella convenido a los efectos de lo dispuesto en el art. 1277 del cód. civil (v. fs. 15 *in fine* en la suc. de M.), y el contradocumento, que precede a la

citada escritura a fs. 12, fue firmado en la misma fecha que ésta última, lo que origina una presunción grave de su conocimiento de este último documento.

Tampoco se cumple en el caso la segunda exigencia del artículo: la onerosidad de la operación. Esta exigencia de que la adquisición del tercer adquirente sea a título oneroso resulta evidente. En efecto, como en muchas otras situaciones (fraude, arts. 967/968/970; heredero aparente, art. 3430; posesión de cosa mueble, art. 2412; reivindicación de inmueble, art. 2778, 2ª parte) la fragilidad congénita del derecho cimentado en un título hace que en la pugna de intereses suscitada entre el titular de ese derecho y algún otro que pudiese experimentar un perjuicio positivo por la subsistencia de aquél "derecho débil", debe estarse a favor de quien se opone a él.

Por lo expuesto, considero que tampoco viene en auxilio de la demandada la invocada protección prevista en el art. 1051 del cód. civil.

c) Sobre la invocación del art. 3573 bis del cód. civil: A fojas 82 vta. ap. C) del escrito de contestación de la demanda, la accionada dice: "A todo evento invoco expresamente el art. 3573 bis del cód. civil que me confiere el derecho de habilitación sobre el mismo inmueble objeto de esta litis, habiendo sido el mismo sede del hogar conyugal" (*sic*).

A la Sra. juez *a quo* le pasó desapercibida la petición y la omitió en la sentencia de fojas 174/177.

A primera vista parecería que tal omisión habilitaría al Tribunal a pronunciarse sobre tal petición, pero también en el actuar de la demandada hubo omisión al no agravarse sobre aquella cometida en la sentencia. En efecto, el art. 278 del cód. procesal ordena que "el Tribunal podrá decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubiese pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al expresar agravios", y surge de esta última que, lamentablemente, en la respectiva queja de fojas 185/187 se insistió en tal omisión, resultándole prohibido a esta alzada atender aquella petición. La condición impuesta por la norma referida es de aceptación uniforme en doctrina (Fenocchietto, Carlos E., "Código Procesal comentado...", Astrea, Bs.As. 1999, 2 pág. 117; Fassi-Yañez, "Código Procesal comentado...", Bs. As., Astrea, 1989, 2 pág. 509), lo que ratifica mi manifestación inicial.

Por lo tanto, y habida cuenta de lo expuesto, la peticionante deberá ajustarse a los efectos emergentes del artículo que ha invocado en su beneficio, en razón de que su contenido es asimilable al derecho alimentario, dado el carácter eminentemente asistencial que el mismo reviste (CNCiv., sala I, 24-10-95, ED, 168-

866; sala L, 6-10-95, ED, 162-253, con nota de Osvaldo Onofre Álvarez; ídem, sala K, 23-6-96; LL-C-1996-2), e independiente de la legítima (sala L, 6-10-94, ED, 162-253), y se ajusta al fallo plenario de este Tribunal del 15-8-79, ED, 84-504, pues O. A. M. falleció con posterioridad a la promulgación de la ley 20.798 (LL, 1978-A-503) y puede peticionarse hasta el momento de la partición, no obstante la inscripción de la declaratoria de herederos, ya que ésta no pone fin a la comunidad hereditaria (a este respecto "Código Civil... Análisis comentarios al art. 3573 bis", Bueres-Highton, Hammurabi, Bs. As. 2001, 6-A, pág. 724 y sigs. y especialmente los comentarios sobre el caso expresados por la Dra. Mariani de Vidal a pág. 73).

III. LAS COSTAS DEL JUICIO

Son varios los fundamentos que me impulsan a considerar aplicable en el caso los exigidos por el párrafo segundo del art. 68 del cód. procesal. En efecto, resultó clara –a pesar de frustrada– la firme voluntad de don O. A. M. de hacer propietaria de su 50% indiviso sobre el inmueble a su cónyuge legítima doña M. L. C. T.

Su único error consistió en decidirlo después de su casamiento con ello en violación a lo dispuesto en el art. 1358 del cód. civil, originando en esta causa, con el terminante contradocumento y la complejidad de las sucesivas transmisiones dominiales gratuitas, aun sin que se desdibujara aquella primera voluntad.

El error de su cónyuge produjo las dificultades que surgieron tanto en el aspecto fáctico como jurídico, y circunstancias sobrevinientes quebraron la voluntad de la pareja después de 26 años de convivencia en el mismo hogar ininterrumpida y pacíficamente hasta el fallecimiento del 5-1-01, es decir que la vencida ha incurrido en error verosímil siendo clara su buena fe (CNCiv., sala E, 2-6-76, ED, 68-245), lo que hizo que la litigante tuviera la obligación jurídica o moral de defenderse como lo hizo sometiendo la cuestión a decisión judicial.

Por último, un condómino –que doña M. L. C. T. lo es– no tiene, en principio, obligación de pagar los honorarios de los otros, pues tal circunstancia, pagando además a su propio letrado, importaría obligarlo a recibir mermada su porción (CNCiv., sala B, LL, 134-1092 N° 20.395-S).

Por lo expuesto propongo que las costas del juicio se declaren en el orden causado (art. 68, párr. 2°, cód. procesal).

IV. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo analizado y si mi criterio resulta aceptado, propongo al acuerdo la confirmación de la sentencia apelada en lo principal que resuelve, modificando la aplicación de las costas las que se declaran en el orden causado de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 68 del cód. procesal.

Los doctores *Martínez Álvarez* y *Sánchez* por análogas razones a las aducidas por el señor juez de Cámara, doctor *Mercante*, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Por lo que resulta de la votación de que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve:

I. Confirmar la sentencia apelada en lo principal que resuelve. **II.** Modificar la aplicación de las costas las que se declaran en el orden causado de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 68 del cód. procesal. **III.** Difiérese el pronunciamiento sobre honorarios hasta la oportunidad señalada en la sentencia de fondo. Notifíquese por secretaría y devuélvase. – *Domingo A. Mercante*. – *Eduardo M. Martínez Álvarez*. – *Diego C. Sánchez*. (Sec.: *Marcela L. Alessandro*).