



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

(5) Registrada bajo el Nro.: 68 (R) Folio Nro.:145/148
Expte. Nro. 150404 - JCC. 13
"DUSINSKY JOSE ALBERTO S/SUCESION AB-INTESTATO "

Mar del Plata, ..06.. de Marzo de 2012.

Con motivo del recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs. 17/18vta. por el heredero condicional contra la resolución de fs. 14/15, del 6 de julio de 2011; y

VISTO:

El presente expediente traído a conocimiento de la Sala Tercera de este Tribunal de Alzada,

CONSIDERAMOS que:

I.- El Sr. juez de primera instancia a fs. 14/15 rechazo la medida cautelar de no innovar solicitada por el heredero condicional, considerando para ello que no se encontraba acreditada la verosimilitud en el derecho debido a que la apertura del proceso sucesorio se ha producido en virtud de un derecho filiatoria en expectativa.

II.- La Defensora Oficial, Dra. Gabriela Cinalli, en representación de la las Sra. María Elena Roux, curadora de la Sra. Marisa Roux y Graciela Roux, guardadora de la niña Maite Roux, interpuso recurso de apelación en subsidio a fs. 17/18vta. Desestimado el primer remedio , se concedió a fs. 41vta. la apelación subsidiaria.

Como primer fundamento argumenta que la resolución en crisis al rechazar la medida cautelar solicitada vulnera los derechos constitucionalmente amparado de la niña Maite Roux dejándola expuesta a sufrir una indefensión y abandono que el ordenamiento jurídico no puede justificar.

Señala en segundo lugar que en el *sub lite* se encuentran reunidos tanto la verosimilitud en el derecho como el peligro en la demora, quedando demostrado ello en los autos conexos "*Roux Marisa c/ Dusinski*,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Alberto s/ filiación", de trámite ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 4, pues mediante las declaraciones testimoniales allí producidas se ha acreditado la relación de convivencia mantenida entre el *cujus* y la Sra. Marisa Roux.

Sostiene que a los presuntos herederos en nada perjudica que se pretenda retener sumas de dinero mediante la medida cautelar solicitada, pues en el caso que el causante no resulte ser el padre de la menor se podrá ordenar la repetición de lo abonado.

Subraya que en la citada causa conexas, este Tribunal, ha rechazado las medidas cautelares allí solicitadas por entender que las mismas debían ser requeridas en el proceso sucesorio.

III.- a.- Anticipamos que, a nuestro criterio, si bien la medida cautelar de no innovar ha sido bien denegada, los fundamentos sostenidos por el Juez de grado para rechazarla, no se ajustan a derecho.

A tal fin, pasaremos a analizar, en primer término, los argumentos utilizados por el *a quo* para rechazar la medida cautelar, para luego valorar los elementos por los cuales entendemos que debe rechazarse la medida de no innovar solicitada por el heredero condicional,

Es cierto que, como regla, para el otorgamiento de una medida cautelar, resulta indispensable el cumplimiento de dos recaudos básicos: la acreditación de la verosimilitud en el derecho y la demostración de peligro en la demora (argto. arts. 195, 198 y ccdd. del C.P.C.; argto. jurisprud. este Tribunal, Sala I causa N° 138.099, RSI 117/7 del 1/3/2007, Sala II, causa N° 84.655, RSI 57/2 del 12/2/2002; entre otras).

Sin embargo, existen supuestos en los que la propia ley procesal exime de la acreditación de alguno de sus recaudos o de ambos, dándoles por cumplidos en base a un dato "objetivo" indicado por la propia ley o en base a una circunstancia procesal que otorga una mayor verosimilitud (vgr. Art. 209 inc. 3 del C.P.C.; ver en De Lazzari; Eduardo, *Medidas cautelares*, T. I, 2da. Edic., Edit. Platense, La Plata 1995, pág. 29 y 217).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Es decir que la afirmación inicial (relacionada con la exigencia de los recaudos de verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora) tiene sus excepciones, a la que podríamos agregar el supuesto de autos.

En tal sentido señala De Lazzari que "*...Desde el inicio del proceso sucesorio y en cualquier estadio del mismo, **es posible el dictado de medidas que sean conducentes para asegurar los bienes y documentación del causante...y la pauta especificada legalmente para habilitarla es exclusivamente la conveniencia del aseguramiento, no su necesidad. La verosimilitud del derecho y el peligro en la demora aparecen dispensados de acreditación...***" (De Lazzari, *Medidas Cautelares*, T. II, 3era Edic., Edit. Platense, La Plata, 2000, pág. 179, el resaltado nos pertenece).

Por otra parte, debemos señalar que -como bien señala Graciela Medina- el heredero "condicional", es aquel que se encuentra subordinado a un hecho incierto y futuro la consolidación o resolución del llamamiento a la herencia. Encontrándose pendiente de cumplimiento esta condición el instituido tiene un llamamiento puro y simple como heredero pero sometido a una condición suspensiva, lo que lleva a que se concrete su vocación hereditaria de cumplirse la misma (cfr. Medina, Graciela; *Proceso Sucesorio*, T. I, Edit. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, pág. 161; argto. jurisp. este Tribunal, Sala II causa N° 141.269, RSD 392/8 del 21/08/2008).

A partir de ello podemos afirmar que el heredero condicional tiene facultades conservatorias de su derecho sobre el acervo sucesorio, siendo la primera de ellas el inicio del juicio sucesorio, en el sentido que establece el art. 546 del Cód. Civil, pero no la única medida conservatoria que puede solicitar (cfr. Zannoni Eduardo A.; *Manual de Derecho de las Sucesiones*, Astrea, Bs. As., 1989, pág. 566; Goyena Copello, Héctor R.; *Curso de procedimiento sucesorio*, 9na. Edic., Edit. La Ley, Cdad. de Bs. As., pág. 94).

En consecuencia, desde nuestro punto de vista la figura del heredero "condicional", habilita que, con la sola acreditación de tal carácter



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

(es decir, de haber promovido un juicio que tienda al reconocimiento de su calidad de "hijo" del causante, con independencia de las pruebas que hasta el momento se hayan agregado allí para demostrar su condición de tal: vgr. prueba de ADN), pueda requerir como medidas conservatorias el dictado de "medidas precautorias" en el juicio sucesorio de su supuesto padre.

Ello así, porque el marco "cautelar " que prevé el art. 725 del C.P.C., a diferencia del que se tiene en miras en los procesos de conocimiento, se relaciona con la posibilidad de adoptar no solo medidas de carácter conservatorio de los bienes sino también aquellas que tiendan a la preservación del derecho de uno de los posibles herederos frente a los restantes con idéntica vocación. Es decir que pueden solicitarse medidas precautorias que tiendan a evitar la concreción de un perjuicio irreparable o de difícil subsanación para el heredero que aún no pudo ser incluido en la declaratoria (argto. jurisprud. esta Cámara, Sala I, .causa N° 113.757, RSI 1143/00 del 5/9/2000).

En tal sentido la jurisprudencia provincial ha expresado que *"...con arreglo a lo estatuido por el artículo 725 del Código Procesal, como los bienes relictos pueden estar expuestos a riesgos de pérdida o deterioro, de acuerdo a su naturaleza, se hace necesario prever el dictado de medidas conservatorias tendientes, precisamente a asegurar los bienes y documentación del causante..."* (Cám. Apel. Civ. y Com. I, La Plata Sala I causa N° 223.953, RSI 27/99 del 25/2/99), agregando que *"...la pauta especificada en el art. 725 del Código Procesal es la "conveniencia" de su dictado para el aseguramiento de los bienes..."* (Cám. Apel. Civ. y Com, II, La Plata, Sala I, causa N° 110.414, RSI 229/8 del 25/9/2008).

En este punto lo que se prioriza es la "conservación" de los bienes, sin desmedro del derecho de los restantes herederos.

Ahora bien, al analizar los beneficios sobre los cuales se pretende hacer efectiva la medida cautelar de no innovar advertimos que ninguno de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ellos (pensión y subsidio por fallecimiento, y seguro de vida) pueden ser incluidos como parte del acervo sucesorio pues los mismos no se adquieren por la transmisión *mortis causa*.

Veamos. En lo tocante a **la pensión derivada por fallecimiento**, debemos señalar que no es que el derecho a la jubilación del causante se transmita a los herederos, sino que con su muerte la jubilación se extingue naciendo el derecho a pensión para el beneficiario que resulte del orden de prelación establecido por la ley.

En definitiva, este derecho pensionario tiene una finalidad absolutamente distinta de la transmisión *mortis causa*, ya que tiende a proteger económicamente a las personas que, aunque no sean herederos con llamamiento sucesorio, la ley presume que estuvieron protegidos por el causante y en consecuencia fallecido éste necesitan ahora la protección del estado (cfr. Pérez Lasala, "*Derechos de sucesiones*", T. I, Edit. Lexis Nexis, Bs. As., 1978, pág. 203; argto. jurisprud. Cám. Apel. Civ. y Com. Rosario, Sala I, *in re "E., J. A., s/sucesión"*, del 24/11/1998, pub. en L.L.2000-B, pág. 860).

En tal sentido la jurisprudencia provincial ha expresado que *"...en materia de pensiones, el derecho al beneficio queda fijado por el hecho jurídico que determina su concesión, esto es, el fallecimiento del causante, reconociéndose ese derecho a determinadas personas que cumplen los requisitos para adquirirlo a título propio y personal. De tal modo, la pretensión de inclusión en la declaratoria de herederos al solo efecto de acogerse a los beneficios previsionales resulta, además de innecesaria a esos fines, ajena a la vocación hereditaria de la peticionante..."* (Cám. Apel. Civ. y Com. San Nicolas, causa N° 7.801 RSI-82-6 del 7/3/2006, el resaltado nos pertenece).

Por otra parte en relación a la medida de no innovar sobre **el seguro de vida** perteneciente al *de cuius* debemos efectuar algunas distinciones.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En primer término debemos valorar que en los seguros de vida la designación del beneficiario compete al asegurado, puede señalarlo de forma expresa, pero también puede que el asegurado no designe en su oportunidad los beneficiarios, supuesto en el cual existe una designación tácita de los herederos instituidos, siendo necesario contar con la correspondientes aprobación del testamento, o la declaratoria de herederos, para determinar quien resulta favorecido.

Por otro lado, el seguro de vida para el caso de muerte es esencialmente un contrato para tercero, y el beneficiario adquiere **un derecho propio y directo** sobre el producto del seguro desde que se produce la muertes prevista, lo cual conlleva a que resulte improcedente incluir como parte del acervo sucesorio el monto del seguro de vida ya que - por tratarse de un bien propio del beneficiario- no se adquiere por transmisión *mortis causa* (argto. jurisp. esta Cámara, Sala II, causa N° 111.580, RSI 436/00 del 11/5/200).

Trasladando estos conceptos al *sub lite*, entendemos en primer lugar que para el supuesto que el asegurado hubiese designado expresamente al beneficiario, de concederse la medida cautelar se estaría vulnerando los derechos de aquel que, por el principio de la libertad de decisión del causante, ha adquirido dicho derecho desde que falleció el Sr. Dusinsky.

Por otra, en el caso que el *de cuius* no hubiese designado beneficiario, tampoco resultaría procedente la medida, pues en este caso se entiende que ha designado a sus herederos como beneficiarios, ante lo cual el monto del seguro no podrá ser abonado hasta tanto estos cuenten con la respectiva declaratoria de herederos, conllevando ello a que el dinero del seguro de vida quedara paralizado hasta esa oportunidad.

Finalmente, tampoco podríamos otorgar la medida cautelar atento a que -como expresamos precedentemente- si bien el seguro de vida es uno de los derechos que surgen a raíz de la muerte del causante, el mismo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

se encuentra desvinculado del fenómeno sucesorio, pues el beneficio de dicho seguro no se recibe por la transmisión *mortis causa* de derechos sino por una relación contractual anterior (argto. Dec. 1567/74, arts. 128, 143, 145, 146 y ccds. de la ley 17.418).

Por último, **el subsidio por fallecimiento** tampoco se encuentra vinculado al fenómeno sucesorio pues, al igual que el seguro de vida, el beneficiario adquiere **un derecho propio y directo** sobre el producto del subsidio desde que se produce la muerte del causante, lo cual conlleva a que resulte improcedente incluir dicho beneficio como parte del acervo sucesorio.

Consecuentemente, teniendo en cuenta que la medida de no innovar no se refiere a bienes que integran el acervo sucesorio, no es posible el dictado en el marco del proceso universal, sin perjuicio de la legitimación del heredero condicional para solicitar cualquier otro tipo de medida que tiendan a preservar su porción hereditaria.

En definitiva, se confirma -aunque por distintos motivos- la denegación de las medidas de no innovar solicitada por el heredero condicional.

III.- Por ello, citas legales y doctrinarias efectuadas y lo normado por los arts. 34 inc. 3º ap. b), y 5to, 36, 68, 69, 161, 195, 198, 199, 232, 241, 242, 246, 260, 725 y ccds. del C.P.C.

RESOLVEMOS:

I) Rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 17/18, y en consecuencia, confirmar el proveído de fs. 14/15;

II) No imponer costas atento la inexistencia de un litigante técnicamente vencido (arts. 68, 69 y ccds. del C.P.C.). **REGISTRESE.** Transcurrido el plazo del art. 267 del C.P.C., devuélvase.

%o7F" &\+{1SqŠ



NÉLIDA I. ZAMPINI

RUBEN D. GEREZ

Pablo D. Antonini
Secretario