

**Voces:** APERTURA DE LA SUCESION ~ CONMORIENCIA ~ DECLARATORIA JUDICIAL DE HEREDEROS ~ DERECHOS DEL HEREDERO ~ PERSONERIA ~ PRESUNCION ~ PRUEBA ~ SUCESION

**Tribunal:** Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael (C1aCivComMinasPazyTribSanRafael)

**Fecha:** 07/08/2009

**Partes:** Antonio y Otilia Elizabeth Polaksterusky

**Publicado en:** LLGran Cuyo2009 (diciembre), 1107

**Cita Online:** AR/JUR/27974/2009

#### Hechos:

En un juicio sucesorio el magistrado de primera instancia entendió que no resultaba posible incluir en la declaratoria de herederos al nieto del causante debido a que había existido conmoriencia entre su progenitor y su abuelo. La Cámara revocó dicho pronunciamiento.

#### Sumarios:

1. Si bien el abuelo y el padre del actor fallecieron al mismo tiempo según los términos del art. 109 del Código Civil, éste no puede ser excluido de la herencia de su abuelo, pues los nietos heredan por derecho de representación aún en caso de conmoriencia, en tanto la ley requiere solamente que el representado no viva al momento de la apertura de la sucesión.

#### Texto Completo:

**2ª Instancia.** — San Rafael, agosto 7 de 2009.

*Considerando:* I. Los antecedentes

A fs. 59 y vta. no se hace lugar a la ampliación de declarativa de herederos solicitada a favor del Sr. Danilo Oscar Bosich (fallecido, e hijo de los causantes don Antonio Bosich y doña Otilia Elizabeth Polak-Sterusky) por parte de su hijo Sr. Marcos Gabriel Bosich.

Se fundamenta el citado decisorio en que, entre el causante de autos don Antonio Bosich y su hijo don Danilo Oscar Bosich ha existido conmoriencia, por lo que de acuerdo con el art. 109 del Cód. Civil no se puede alegar transmisión alguna de derechos entre ellos. Que entonces, como la declaratoria de herederos dictada a fs. 43/44 ha sido fundada, entre otros artículos del C.P. Civil y del Cód. Civil, en el citado art. 109, ella es ajustada a derecho.

II. El recurso y sus motivos

La referida resolución es apelada por Marcos Gabriel Bosich (fs. 62), quien al fundar recurso solicita la revocación de ella y que se haga lugar a la ampliación solicitada, porque es contraria a derecho y según lo siguiente.

Que en relación a doña Otilia E. Polak (fallecida el 07/01/1997), debe tenerse presente que ella ha sido declarada heredera de su esposo don Antonio Bosich (fallecido el 16/04/1976), por lo que Danilo Bosich (hijo de ambos), premuerto a su madre, le sucede, y Marcos Bosich por representación de su padre (Danilo Bosich), también (arts. 3549 y 3556 del Cód. Civil).

Sostiene luego, que el a quo ha interpretado incorrectamente el derecho de representación que ostenta Marcos Bosich en la sucesión de sus abuelos, otorgando un alcance que no tiene el art. 109 del Cód. Civil puesto que la conmoriencia de los señores Antonio y Danilo Bosich, no tiene repercusión sobre el derecho de representación de Marcos Bosich, toda vez que el caso de conmoriencia del causante y del representado debe ser asimilado al de premoriencia.

III. El responde del heredero declarado a fs. 43/44, Alejandro Antonio Bosich.

Éste, al contestar a fs. 82 el traslado de la fundamentación de recurso antes reseñada, pide que se lo exima de costas, en razón de no haber dado lugar a la apelación articulada, ya que su parte en el escrito de apertura solicitó la declaración de heredero del apelante Marcos Gabriel Bosich.

#### IV. El dictamen del Ministerio Fiscal

Este Ministerio al que se le ha conferido la correspondiente intervención (conf. fs. 90 y 92), guarda absoluto silencio al respecto.

#### V. La solución al caso.

V. 1) La prueba colectada, que está constituida por la instrumental de fs. 5/10 y 14/15, acredita lo siguiente:

- a) Que don Antonio Bosich y Otilia Elizabeth Polak contrajeron matrimonio el 20/05/1944 (fs. 8).
- b) Que de ese matrimonio nacieron Alejandro Octavio Bosich el 11/03/1945 (fs. 10) y Danilo Oscar Bosich el 12/01/1948 (fs. 9).
- c) Que de la unión de Danilo Oscar Bosich y Yolanda Paulina Calderón nació Marcos Gabriel Bosich el 26/08/1973 (fs. 14/15).
- d) Que el día 16 de abril de 1976, a una hora no determinada fallecieron en el mismo lugar y por igual causa, Antonio Bosich y su hijo Danilo Oscar Bosich (fs. 5 y 6).
- e) Que Otilia Elizabeth Polak murió el 06/01/1997.

De las constancias de autos resulta que la apertura de este sucesorio la produce el pedimento de Alejandro Antonio Bosich efectuado el 26/06/2007, quien tras mencionar el grupo familiar precedentemente referido como así también los fallecimientos de Antonio Bosich, Danilo Oscar Bosich y Otilia E. Polak, pide que se declaren únicos y universales herederos de don Antonio Bosich y de doña Otilia Elizabeth Polak, a Alejandro Antonio Bosich y a Marcos Gabriel Bosich (fs. 11/12).

Declarado abierto el juicio sucesorio (fs. 27) y efectuada la audiencia de comparendo, el único compareciente a ella Alejandro Antonio Bosich, reitera su pedido que se dicte declaratoria de herederos a él y a su sobrino Marcos Gabriel Bosich (fs. 36).

La sentencia de declaratoria de herederos declara que por fallecimiento de don Antonio Bosich, le suceden como sus herederos Alejandro Antonio Bosich y Otilia Elizabeth Polak en su carácter de cónyuge supérstite; y que por fallecimiento de esta última, le sucede su hijo Alejandro Antonio Bosich. Respecto de Marcos Gabriel Bosich nada dice (fs. 43/44).

En actuación posterior comparece este último quien formula la petición que es denegada en el auto de fs. 59 y vta. referido en el comienzo de la presente y que es objeto del recurso de apelación que nos ocupa.

V. 2) Así enjuiciada la cuestión, corresponde considerar si la referida denegatoria fundada en el art. 109 del Cód. Civil es correcta o si por el contrario la razón le asiste al apelante.

Decididamente nos pronunciamos a favor de esta última. Explicaremos por qué.

Sabido es que dentro de una misma línea de parentesco (descendientes, ascendientes o colaterales), los parientes de grado más próximo desplazan a los más lejanos (art. 3546 C.C.). Más, esta regla tiene -como el mismo artículo citado lo dice en su parte final-, una importante excepción en el derecho de representación, que nuestro Código define así: "La representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido" (conf. art. 3549 C.C.).

Quiere decir -a modo de ejemplo-, que si a la muerte del causante queda un hijo vivo, habiendo fallecido con anterioridad el otro, que a su vez ha tenido un hijo, si se aplicara con rigurosidad la regla antes expuesta según la cual los parientes de grado más próximo excluyen a los más lejanos, este nieto del causante (hijo del hijo premuerto) quedaría excluido de la herencia del abuelo. Como esta solución es evidentemente injusta, la ley según el citado art. 3549, le reconoce a los descendientes del hijo premuerto el derecho de ocupar el lugar que hubiera tenido su padre y heredar, por tanto, en concurrencia con su tío.

Este es un recurso conocido ya en el derecho romano y afortunadamente hoy aplicado universalmente.

Venimos hablando de premoriencia, es decir del derecho de representación -con el ejemplo expuesto- del hijo del

hijo premuerto del causante.

¿Pero cuál debe ser la solución de los casos no de premoriencia al que hemos hecho referencia sino de conmoriencia según acontece en la especie, en donde el reclamante al derecho hereditario es hijo de un hijo que se considera conmoriente con el causante (el abuelo de aquél)?

Recordemos, que dos tesis se han sostenido sobre este delicado problema. Según la primera, los nietos carecen en este supuesto de derecho de representación. Se funda en que la representación tiende a que los representantes sucedan juntos en la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre hubieran sucedido (art. 3549 C.C.); y como en caso de conmoriencia se presume que todos han muerto en el mismo momento, sin que se pueda alegar transmisión alguna entre ellos, los nietos no pueden pretender un derecho que nunca tuvo su padre.

De acuerdo con una segunda tesis -que este Tribunal decididamente comparte- los nietos heredan por derecho de representación aun en caso de conmoriencia (conf. Zannoni, t. 2, n° 801; Portas en Conmoriencia y derecho de representación, LA LEY, 66-893, Borda en Tratado de Derecho Civil – Sucesiones – T. II 9ª ed. Act. por Delfina M. Borda – Bs. As. 2008, n° 798 bis en págs. 8 y 9; Barbero en Conmoriencia y derecho de representación, LA LEY, 1978-II, 599). Este último autor arguye -en nuestra opinión-, de manera convincente que, si según la definición del art. 3549, los hijos son colocados en el grado de su padre o madre para suceder lo que ellos habrían sucedido, es porque el padre o la madre no pudieron suceder. Si murieron antes que el causante evidentemente no pudieron suceder, y si murieron al mismo tiempo, tampoco, por expresa disposición del art. 109. Luego en ambos casos hay representación.

Por su parte Eduardo A. Zannoni, al referirse al tema que nos ocupa, expresa compartir -de igual manera que esta Cámara- la idea expuesta por Portas, en el sentido que "nuestra ley no exige que el representado muera con anterioridad al causante, aunque por ser éste el caso más común, el art. 3557 se refiere a él en forma ejemplificativa. En cambio, los arts. 3549, 3554 y 3562, que delimitan la institución y sus efectos, no hacen mención alguna de la premoriencia. La ley requiere solamente que el representado no viva al momento de la apertura de la sucesión, y por definición en la conmoriencia se cumple ese requisito (conf. Derecho Civil – Derecho de las Sucesiones, Ed. Astrea – Bs. As., 1997, T. 2, pág. 23).

V. 3) En consecuencia, si como lo hemos referido: \* Antonio Bosich y su hijo Danilo Oscar Bosich, murieron al mismo tiempo según los términos del art. 109 del Cód. Civil; \* que años después falleció la esposa del primero y madre del segundo, Otilia E. Polak; y que a la muerte de todos ellos les sobrevivieron Alejandro Antonio Bosich (hijo de Antonio Bosich y Otilia E. Polak) y Marcos Gabriel Bosich (hijo de Danilo Oscar Bosich y nieto de Antonio Bosich y Otilia E. Polak), este último no puede ser excluido de la herencia como erróneamente lo dispone el auto apelado, correspondiendo que se lo incluya en la declaratoria de herederos, tal como lo requiere el apelante y lo solicitó el heredero declarado al abrir la sucesión (postura que ratifica al responder el recurso de apelación).

Corresponde entonces, la revocación del auto apelado, con imposición de costas por su orden según el art. 36 inc. V del C.P. Civil. En cuanto a los honorarios, ellos serán regulados de acuerdo con las pautas del art. 10 de la ley 3641 (t.o. s/ dec. ley 1304/75) por tratarse de una cuestión que si bien tiene un contenido económico él no puede ser valuado, y en correlación con los arts. 1°, 14, 15, 31 y conc. del citado cuerpo legal.

Por todo ello, el Tribunal Resuelve: I. Revocar la resolución de fs. 59 y vta. II. Incluir como heredero en los dispositivos I) y II) de la sentencia de fs. 43/44, al Sr. Marcos Gabriel Bosich – D.N.I. N°..., en su carácter de representante de su padre fallecido Sr. Danilo Oscar Bosich hijo de don Antonio Bosich y de doña Otilia Elizabeth Polak- Sterusky. III. Imponer las costas de esta instancia, por su orden. IV. Regular los honorarios profesionales de la siguiente forma: Dr. J. A. N. en la suma de pesos cien (\$100); Dr. D. G. B. en la suma de pesos treinta (\$30) y Dr. D. C. G. en la suma de pesos cuarenta (\$40).

De conformidad con lo dispuesto por el art. 2° de la ley 3800, se hace constar que no firma la presente resolución la Dra. Liliانا Gaitan, por encontrarse en uso de licencia. — *Nelia Lambardi de Lucchesi.* — *Ricardo A. Angriman.*