

LA AUSENCIA Y LA LEY 14.394 (*)

por

Luis Moisset de Espanés

(*) Cuadernos del Instituto de Derecho Civil, 1960-I, p. 5-52

SUMARIO

Introducción

I.- LA AUSENCIA.

- 1) La ausencia no calificada.
- 2) La ausencia calificada o en sentido técnico. Distintos supuestos.

II.- AUSENTES CON BIENES EN ESTADO DE ABANDONO.

- 1) La curatela de bienes; quiénes pueden pedirla; juez competente; nombramiento de defensor; procedimiento; administrador provisional.
- 2) Nombramiento de curador.
- 3) Facultades del curador.
- 4) Cesación de la curatela.

III.- AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO.

- 1) Caracteres distintivos de la institución según los distintos sistemas legislativos.
Ausencia y desaparición
La ausencia en otros Códigos
- 1 bis) Distinción entre ausencia con presunción de fallecimiento y ausencia con bienes en estado de abandono.
- 2) Los diferentes supuestos previstos y reglados por el Código Civil y la ley 14.394.
- 3) Personas que pueden pedir la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento.
- 4) Procedimiento.
- 5) Declaración judicial de muerte presunta. Fijación del día del fallecimiento. Importancia.
- 6) La posesión provisional. Noción. Situación de los investidos con esa posesión.
Fin de la posesión provisional
- 7) Posesión definitiva. Noción. Sucesión de las personas investidas con esta posesión.
Fin de la posesión definitiva
- 8) Aparición de herederos.
- 9) Disolución del vínculo matrimonial en caso de ausencia. Sistema del Código Civil. Legislación comparada. Sistema de la ley 14.394.
- 10) El Código Civil y la ley 14.394.

INTRODUCCIÓN

Al encarar este trabajo, presentado en cumplimiento de la ordenanza de adscripción, para completar mi labor correspondiente al año 1958, lo he hecho teniendo en cuenta la escasez de publicaciones sobre el tema, debido a que la mencionada ley 14.394, modificatoria del Código Civil, fue sancionada hace pocos años.

En la estructura y ordenamiento del trabajo he procurado ceñirme al desarrollo de la bolilla correspondiente del programa oficial de la materia en esta Facultad de Derecho, para facilitar a los alumnos la preparación de un tema de examen que no se encuentra en ninguno de los principales tratados.

I.- LA AUSENCIA.

1) La ausencia no calificada.

¿Qué significa el vocablo ausencia? Esta palabra puede tener diversos significados; el primero de ellos, de uso común, es el simple concepto negativo de la no presencia de una persona en un lugar determinado. No se tiene en cuenta, en ese caso, ninguna circunstancia especial de orden jurídico que califique este hecho. En este sentido el Diccionario Manual de la Real Academia Española define la **ausencia**, diciendo: "Efecto de ausentarse", y **ausentarse**: "alejarse uno, especialmente de la población en que reside". Este concepto lato de la ausencia significa, pues, la simple no presencia de una persona en el lugar habitual de su residencia, y con este alcance amplio el Código emplea la palabra ausencia en varias oportunidades, verbigracia cuando el artículo 1147 se refiere a como se debe prestar el consentimiento en los contratos cuando se realizan "entre personas ausentes"; es decir, personas que no están presentes, que no se encuentran en el mismo lugar, y establece que en esos casos el contrato podrá formalizarse por carta o por medio de un representante. También utiliza el Código el vocablo ausencia en sentido no técnico, al referirse a la prescripción, y establecer en el artículo 4002 que si el propietario del inmueble estuvo parte del tiempo presente y parte **ausente**, cada dos años de **ausencia** se contarán como uno para completar los diez años del presente". Hay, a lo largo del Código, varios artículos donde el vocablo ausencia está empleado en sentido lato.

(Las modificaciones introducidas por la ley 17.711 han suprimido esta situación de ausencia)

2) La ausencia calificada o en sentido técnico. Distintos supuestos.

La ausencia puede estar calificada por ciertas circunstancias particulares, que presenten interés para el orden jurídico, razón por la cual la ley las reconoce, atribuyéndoles determinadas consecuencias.

En esos casos estamos frente a lo que hemos llamado ausencia calificada, o en sentido técnico. Según sea la circunstancia calificante de la ausencia distinguiremos tres supuestos: a) ausentes de domicilio ignorado; b) ausentes con bienes en estado de abandono y c) ausentes con presunción de fallecimiento.

Vamos a analizar brevemente cada uno de estos supuestos, para ver porqué razón esas circunstancias calificantes de la ausencia presentan interés para el orden jurídico.

a) **Ausentes de domicilio ignorado.** Al estudiar los atributos de la personalidad hemos visto que uno de ellos era el domicilio, que es el lugar donde el derecho considera que la persona tiene el centro de sus relaciones. El conocimiento o la ignorancia del domicilio de la persona tiene gran importancia para el derecho; por ejemplo, el requerimiento de pago debe efectuarse en el domicilio del deudor; las demandas judiciales deben notificarse en el domicilio del demandado; la sucesión se abre en el último domicilio conocido del causante, etc., etc.

Supongamos que se debe iniciar una demanda contra una persona cuyo domicilio se ignora, es decir que está **ausente** del lugar del juicio. Las leyes procesales contemplan esta situación y la solucionan disponiendo que en ese caso debe citársela por edictos, para que comparezca a estar a derecho y defender sus intereses en el juicio. Si no compareciera deberá nombrársele un representante, o curador ad-litem (para el juicio o litigio), para que atienda el cuidado de los intereses de este ausente de domicilio ignorado durante todo el trámite del litigio.

Tenemos otros casos de aplicación en el Código Civil, en los artículos 57, inciso 3º (pago por consignación), 2846 (ausencia del propietario para la entrega de un bien en usufructo); 3203 (cancelación de hipotecas) y 3463 (partición de herencias).

b) **Ausentes con bienes en estado de abandono.** Una persona se encuentra ausente del lugar de su domicilio y a este hecho negativo de la no presencia se suma otra circunstancia calificante: la persona ausente ha dejado bienes y no ha designado ningún representante o administrador con poderes suficientes, o sus poderes han caducado. Esos bienes están, pues, en estado de abandono, se encuentran en una situación de desamparo y corren peligro de deteriorarse y perderse. El Derecho civil debe contemplar esta situación y ponerle remedio; no puede permitir que dichos bienes continúen en estado de abandono.

(Hay en juego dos intereses: uno de tipo social, que no se destruyan bienes que, en definitiva, forman parte de la riqueza conjunta de la sociedad; otro de tipo individual, proteger a la persona, cuyo patrimonio corre peligro).

Este supuesto no había sido especialmente reglado por el Código Civil, notándose aquí una grave laguna, que ha sido subsanada por la ley 14.394, sancionada el 22 de diciembre de 1954, que contiene una reglamentación orgánica, en sus artículos 15 a 21.

La única disposición que podíamos encontrar en el Código relacionada con los ausentes con bienes en estado de abandono era el inciso 5º del artículo 54, que incluía entre los incapaces de incapacidad absoluta a los ausentes declarados tales en juicio.

Esta disposición legal dio lugar durante mucho tiempo a enconadas controversias doctrinarias y jurisprudenciales respecto a quienes eran estos "ausentes declarados tales en juicio". Nosotros, siguiendo la opinión de la cátedra, entendemos que eran los ausentes con bienes en estado de abandono. Actualmente la ley 14.394 cierra el camino a toda discusión, pues legisla expresamente sobre los ausentes con bienes en estado de abandono y dispone que se le nombre un curador que es, precisamente, el representante que debe nombrarse a los incapaces¹.

Debemos hacer notar que en este caso todavía no se plantea, respecto al ausente, la duda sobre si está vivo o muerto. La única circunstancia que el derecho debe tener en cuenta es el cuidado, administración y conservación de los bienes que se encuentran abandonados.

c) **Ausencia con presunción de fallecimiento.** Para que se configure este tercer supuesto de ausencia calificada, es necesario que se conjuguen tres circunstancias; 1) el hecho de que la persona se encuentre ausente del lugar de su domicilio o residencia en la República; 2) el transcurso de un término o plazo fijado por la ley y 3) la falta total de noticias o informes sobre la existencia de esa persona.

Estas tres circunstancias deberán ser acreditadas en juicio, observando todo el procedimiento fijado por el Código Civil, que en este campo ha invadido en cierta medida la jurisdicción provincial en materia procesal.

II.- AUSENTES CON BIENES EN ESTADO DE ABANDONO

VÉLEZ SÁRSFIELD, siguiendo el sistema de FREITAS, dispone la interdicción civil del ausente, en el inciso 5º del artículo 54 (el mencionado inciso es reproducción literal del inciso 5º del artículo 41 del Esboço).

Otros Códigos no llegan a la declaración de incapacidad absoluta; simplemente designan un curador a los bienes del ausente, encargado de la administración, cuidado y conservación de dichos bienes. Encontramos, pues, dentro del Derecho Civil dos sistemas: 1)

¹. Conf. Alfredo ORGAZ, "**Personas individuales**", p. 67, nota 52.

En contra SALVAT; y J.A. 7-307; 35-586; 37-253, en el sentido de que sólo comprende a los ausentes con presunción de fallecimiento.

declaración de la incapacidad absoluta del ausente (Freitas y el C.C. argentino); 2) Simple curaduría a los bienes (C.C. de Alemania e Italia).

Es conveniente aclarar que el propio FREITAS, al comentar en las notas del Esboço esta institución, manifiesta que aunque se instituye la interdicción civil del ausente, declarándose su incapacidad absoluta, mas que de una representación a las personas se trata de una curaduría a los bienes, aunque -agrega- nunca se puede prescindir totalmente del concepto de representación personal, porque los bienes jamás son representados en sí mismos, sino en cuanto pertenecen a una persona. Concluye, por ello, expresando que el concepto de representación personal se halla presente en cierta medida hasta en los casos de simple curaduría a los bienes.

FREITAS, en su Esboço, trata en varios artículos de la situación del ausente con bienes en estado de abandono. VÉLEZ SÁRSFIELD, en nuestro Código, a pesar de haberlo seguido a FREITAS al establecer la incapacidad absoluta del ausente, omite legislar expresamente sobre esta categoría de ausentes; posiblemente consideraba suficiente haberlos incluido entre los incapaces, con lo que los sujetaba a la representación necesaria de un curador. Pero esta omisión de VÉLEZ SÁRSFIELD da lugar a que muchos autores en la doctrina nacional sostuvieran que el ausente a quien debe declararse incapaz, y nombrársele un representante en virtud del inciso 5º, artículo 54, era el ausente con presunción de fallecimiento, porque era el único a que se refería nuestro Código.

Esta solución provocó justas críticas, pues no podía considerarse incapaz y nombrarse representante a una persona a quien el derecho consideraba presuntamente fallecida, abriendo su sucesión y entregando los bienes a sus herederos. Tanto la doctrina, como la jurisprudencia, realizaron muchos esfuerzos para interpretar y coordinar estas normas.

La solución ha sido dada por la ley 14.394, que legisla sobre los ausentes con bienes en estado de abandono, estableciendo que debe designárseles un **curador a los bienes** (artículo 15). De esta manera, aunque subsiste el inciso 5º del artículo 54, que sanciona la incapacidad del ausente, la ley se aparta en cierta medida del concepto de representación personal, para establecer **una curaduría a los bienes**. Dice el:

*"Art. 15.- Cuando una persona hubiere desaparecido del lugar de su domicilio o residencia, sin que de ella se tengan noticias y sin haber dejado apoderado, podrá el juez, a instancia de parte interesada, designar un curador a sus bienes, siempre que el cuidado de estos lo exigiere. La misma regla se observará si, existiendo apoderado, sus poderes fueren insuficientes, no desempeñare convenientemente el mandato, o este hubiese caducado"*².

². "La simple ausencia en el sentido técnico legislado por la ley 14.394, se configura con la desaparición de una

Este artículo merece una crítica en cuanto dice: " ... *sin que de ella se tengan noticias...*". En este supuesto de la ausencia con bienes en estado de abandono al derecho no le interesa para nada el que se tengan o no noticias del ausente. La falta de noticias es uno de los requisitos que configuran otro supuesto: la presunción de fallecimiento; pero aquí lo único que le interesa al derecho, el único hecho relevante para calificar esta hipótesis, es la existencia de bienes en estado de abandono. Puede muy bien tenerse noticias del ausente, saberse que vive y, por ejemplo, está confinado en un campo de concentración y, a pesar de la existencia de noticias, habrá necesidad de proveer al cuidado y conservación de los bienes de ese ausente que corren peligro de deteriorarse y será preciso designarle un curador.

En consecuencia, creemos que en este caso es criticable la exigencia de la ley de que no deben tenerse noticias del ausente.

Establece también la ley como requisito necesario para que se pueda pedir la designación de un curador a los bienes en estado de abandono, que el ausente no haya "dejado apoderado", o que habiéndolo dejado "sus poderes fueren insuficientes, no desempeñase convenientemente el mandato, o éste hubiese caducado"³. La disposición es clara y no necesita mayor explicación; la existencia de un representante voluntario, mandatario o apoderado, hace totalmente innecesaria la designación de curador, ya que los intereses del ausente se hallan perfectamente tutelados, salvo que no desempeñare convenientemente su mandato, caso que también justifica la intervención judicial en protección del ausente.

La insuficiencia o caducidad del mandato se equiparan perfectamente a su inexistencia.

1) La curatela de bienes; quiénes pueden pedirla; juez competente; nombramiento de defensor; procedimiento; administrador provisional.

Hemos visto ya que el artículo 15 expresa que el juez podrá designar curador a los bienes del ausente "a instancia de parte interesada", y agrega el:

"Art. 17.- Podrán pedir la declaración de ausencia y el nombramiento de curador el ministerio público y toda persona que tuviere interés legítimo respecto de los

persona, la existencia de bienes que preservar o administrar y la falta de mandatario" (Sebastián de Valdez, Benita, Cam. Civil Capital, sala C, 27 marzo 1958, L.L. 92-22).

³. "Sebastián de Valdés, Benita" (Cam. Civil Capital, sala C, 27 marzo 1958, L.L. 92-52: "existiendo apoderados, con poder bastante como en el **sub litem**... las pretensiones de la recurrente carecen de sustento legal...").

La esposa pretendía ser designada curadora de los bienes de su marido desaparecido, pero no se hizo lugar a la petición porque éste había otorgado poder general de administración a sus dos hijos.

bienes del ausente".

Podrá, pues, solicitar la designación del curador toda persona que tenga un interés legítimo sobre los bienes del ausente, como ser por ejemplo un pariente a quien le debe la prestación alimentaria, un acreedor, etc.

En las reuniones de estudio realizadas en forma conjunta por los Institutos de Derecho Civil y de Derecho Comparado de nuestra Facultad, en el año 1957, se criticó la excesiva amplitud de esta disposición, que abriría a demasiadas personas la posibilidad de iniciar el juicio; sin embargo creemos preferible esta fórmula amplia del "interés legítimo", consagrada por otra parte en antecedentes legislativos de diversos países, al exceso de casuismo a que nos obligaría una enumeración taxativa de las personas que pueden solicitar la declaración de ausencia y nombramiento de curador a los bienes.

Con respecto al juez competente, el artículo 16 establece que lo será el del último domicilio o residencia conocidos del ausente. Si no tuviese domicilio o residencia conocidos en el país será competente el juez del lugar en que se encontrasen los bienes abandonados a cuyo cuidado se debe proveer. Finalmente, puede plantearse el caso de que los bienes abandonados se encontrasen situados en diversas jurisdicciones; le corresponderá entonces entender al juez ante quien se hubiese hecho la primera denuncia.

En lo que se relaciona con el procedimiento para la declaración de ausencia con bienes en estado de abandona, la ley da normas generales -que deben ser completadas por los códigos procesales- invadiendo en cierta medida la jurisdicción provincial, a quien le está reservada por nuestra Constitución la legislación de forma. Sin embargo debemos advertir que es frecuente que el Código Civil establezca en diversas materias ciertas normas de procedimiento de carácter general, para evitar que la legislación de fondo pueda ser desvirtuada luego por las normas procesales.

Establece el:

"Art. 18.- El presunto ausente será citado por edictos durante cinco días, y si vencido el término no compareciere, se dará intervención al defensor oficial, o en su defecto se nombrará defensor al ausente. El Ministerio Público será parte necesaria en el juicio...".

Establece, pues, la cantidad de días durante los cuales deben publicarse los edictos. Si el ausente no comparece deberá nombrársele un defensor para que represente sus intereses durante el juicio.

Establece también el artículo que el Ministerio Público será parte necesaria en el litigio. Debemos aclarar aquí que el Ministerio Público, en el lenguaje del Código Civil y de sus leyes modificatorias, comprende tanto al Ministerio Fiscal, como al Ministerio de Menores e

Incapaces. ¿A quién se ha querido referir la ley, al hablarnos del Ministerio Público?

Debemos recordar que el Código Civil, en su artículo 59 dispone que el Ministerio de Menores es parte esencial, cuya participación está impuesta bajo pena de nulidad en todo asunto -ya sea judicial o extrajudicial- que se vincule con la persona o los intereses del incapaz, y que para nuestro Código, siguiendo a FREITAS, el ausente con bienes en estado de abandono es un incapaz, de incapacidad absoluta (inciso 5º, artículo 54).

La ley 14.394, dijimos, se "aparta en cierta medida del concepto de representación personal, para establecer una **curaduría a los bienes**" (ver supra, punto), pero al mismo tiempo dispone en el artículo 20 que las funciones y obligaciones del curador del ausente se rigen por lo dispuesto en el Código Civil respecto a los tutores y curadores, es decir lo coloca en situación similar a los representantes de los incapaces. Y en concordancia con esta disposición la ley exige la participación del Ministerio Público (artículo 18), y el Código en su artículo 493 dispone:

"Art. 493.- El Ministerio de Menores debe intervenir en todo acto o pleito sobre la tutela o curatela, o sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores o curadores...".

Entendemos, en consecuencia, que se trata en este caso del Ministerio de Menores e Incapaces⁴.

Concluye el artículo 18 manifestando que:

"Art. 18.- ... en caso de urgencia el juez podrá designar un administrador provisional o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejen".

La particular característica de algunos bienes (cosechas que deben levantarse, frutos de fácil deterioro), puede imponer la necesidad de la urgente designación de un administrador provisional, mientras continúa el trámite del juicio, o la adopción por el juez de las medidas que las circunstancias aconsejen.

Se ha planteado el interrogante: ¿cuáles son estas medidas? A nuestro entender se trata única y exclusivamente de medidas conservatorias, tendientes a impedir la destrucción o pérdida de los bienes del ausente.

2) Nombramiento de curador.

Concluido el trámite del juicio el juez procederá a nombrar curador del ausente.

⁴. Ver J.A., 23 julio 1958, fallo N° 20.064, Cam. Civil Capital, 20 mayo 1958: " ... El Ministerio Pupilar no es parte en principio en el presente juicio". Pero no se trataba del nombramiento de curador a los bienes, sino de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento.

Esta designación no puede recaer arbitrariamente en cualquier persona, sino que la ley, a semejanza de lo que ocurre en el caso de la tutela legítima (artículo 390), ha establecido un criterio al cual debe atenerse el juez para proveer la designación de curador. Establece el:

"Art. 19.- Oído el defensor del ausente, y concurriendo los extremos legales, se declarará la ausencia y se nombrará curador. Para esta designación serán preferidos los parientes idóneos del ausente, en el siguiente orden: ..."

La curatela a los bienes debe, pues, recaer en los parientes del ausente capaces de desempeñarla, en el orden establecido en el artículo 19.

"Art. 19.- ... 1º) El cónyuge, cuando conserve la vocación hereditaria, o subsistiese la sociedad conyugal; ..."

Se prefiere antes que nadie al cónyuge el ausente, mientras no se haya perdido la vocación hereditaria o no se haya disuelto la sociedad conyugal. Si se hubiese disuelto la sociedad conyugal por sentencia de divorcio, procediéndose a la separación de bienes, no habría razón alguna para conferirle al cónyuge la curaduría de los bienes del ausente. De igual manera el cónyuge culpable del divorcio, que ha perdido por ello la vocación hereditaria, es decir el derecho de suceder al otro cónyuge (artículo 3574), no podrá ser designado curador del ausente. También se pierde la vocación hereditaria por la simple separación de hecho, sin voluntad de convivir y por la separación provisional decretada por el juez en juicio de divorcio (artículo 3575) no correspondiendo tampoco en esos casos que la designación de curador recaiga sobre el cónyuge.

Finaliza el artículo 19, en sus demás incisos, estableciendo el orden en que deberán ser tomados en consideración los parientes para ser designados curadores del ausente:

"Art. 19 ... 2º) Los hijos;

3º) El padre, o en su defecto, la madre;

4º) Los hermanos y los tíos;

5º) Los demás parientes en grado sucesible".

3) Facultades del curador.

Ya hemos hecho referencia con anterioridad a las facultades y obligaciones del curador, diciendo que son las mismas que establece el Código civil para los tutores y curadores, es decir los representantes de los incapaces. Dice el:

"Art. 20.- Las calidades personales, facultades y obligaciones del curador del ausente se rigen por lo dispuesto en el Código Civil respecto de los tutores y curadores..."

¿Cuáles son las funciones de este curador? ¿Las de un simple curador a los bienes, o las del representante a la persona de un incapaz? El Dr. José A. BUTELER, profesor titular de la materia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, basándose en este artículo, sostiene que en la ley 14.394 se ha mantenido el sistema del Código, estableciéndose para el ausente la representación a la persona de los incapaces, y no la simple curaduría a los bienes que contemplan otros Códigos. Hace notar que la representación a la persona era también la solución que daba **Freitas** en el Esboço.

El problema en realidad no es tal; en efecto, **Freitas** aclara que en el concepto de curaduría a los bienes no puede en realidad prescindirse en absoluto de la noción de representación personal, porque se atiende al cuidado de los bienes en cuanto pertenecen a alguna persona. Por otra parte el concepto de curaduría a los bienes ya había sido delineado por nuestro Código Civil en los artículos 485 a 490, y la ley 14.394 establece claramente en su artículo 15 que al ausente se le designa **un curador a los bienes**.

Puede ocurrir que durante el trámite del procedimiento, antes de la designación del curador, se inicien acciones judiciales contra el ausente, en ese caso:

"Art. 20.- ... si antes de la designación de curador se dedujeran acciones contra el ausente, lo representará el Defensor cuyo nombramiento prevé el art. 18".

Con posterioridad a la designación del curador, éste asumirá la representación judicial del ausente. Aplicamos el artículo 489 del Código Civil, del capítulo correspondiente a los curadores a los bienes:

"Art. 489.- A los curadores a los bienes corresponde el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados; ...".

4) Cesación de la curatela.

Finalmente el artículo 21, en sus tres incisos, se ocupa de la forma en que termina la curatela a los bienes del ausente.

En primer lugar, finaliza con la presentación del ausente, sea personalmente, sea por medio de un apoderado (inciso 1º, artículo 21); esta disposición, concordante con el artículo 15, está plenamente justificada. Presentándose el ausente, o un mandatario suyo, los bienes ya no se encuentran en estado de abandono y no interesa al derecho designarles un curador.

En segundo lugar, termina también la curatela por la muerte del ausente, es decir su muerte probada (inciso 2º, artículo 21), que da lugar a la apertura de la sucesión y la atribución de los bienes a los herederos.

En tercer lugar, el fallecimiento presunto del ausente, declarado judicialmente

(inciso 3º, artículo 21), también produce la curatela y la apertura de la sucesión.

La disposición es rigurosamente lógica; la muerte presunta -como lo veremos más adelante- produce iguales efectos que la muerte probada, llegando hasta la disolución del vínculo matrimonial. Por lo demás este inciso nos sirve para caracterizar perfectamente la diferencia entre la ausencia con bienes en estado de abandono y la ausencia con presunción de fallecimiento. Son dos instituciones totalmente distintas, como ya hemos dicho con anterioridad; en la ausencia con bienes en estado de abandono se procura únicamente proveer al cuidado, administración y conservación de los bienes mediante la designación de un curador; en ese momento al derecho no le preocupa en lo más mínimo si el ausente está vivo o no, si se tienen o no noticias. En cambio en la ausencia con presunción de fallecimiento el derecho tiene en cuenta la falta de noticias del ausente, para presumir de este hecho su muerte, fijar el día presuntivo del fallecimiento, abrir la sucesión y entregar los bienes a las personas que eran herederos al día del fallecimiento presunto del ausente.

En cuarto lugar, aunque la ley no lo diga, nosotros sostendremos que la curatela a los bienes del ausente concluye por la extinción de éstos (artículo 490 del C.C.).

El Dr. **Buteler**, en cambio, afirma que se trata de una omisión intencional del legislador, que al no prever este caso en la ley 14.394 instituye no una simple curaduría a los bienes -que terminaría al concluirse éstos- sino una verdadera curaduría a la persona.

*(Con posterioridad **Buteler** cambió de opinión y en su Curso enseñaba, adhiriendo tácitamente a nuestra opinión, que estábamos frente a una curaduría a los bienes).*

Nosotros, en cambio, creemos que si la ley ha tenido principalmente en mira la existencia de bienes en estado de abandono para designar un curador, se trata de una curaduría a los bienes, como lo dice el artículo 15, y debe aplicarse la norma del Código con respecto a la curaduría a los bienes, que se extingue con la desaparición, porque la representación ya no tendría razón de ser.

III.- AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO.

1) Caracteres distintivos de la institución según los distintos sistemas legislativos.

Los redactores del Código Civil francés, en el año 1804, se encontraron con el problema de numerosas personas ausentes o desaparecidas a raíz de la Revolución y de las guerras posteriores, cuya situación era necesario regularizar.

Al encarar este trabajo tropezaron con la dificultad de que no existían antecedentes en el viejo Derecho Romano. Debían, pues, crear la institución. Lo hicieron guiándose por la idea fundamental de que, cualquiera sea la duración de la ausencia, la persona

no es considerada nunca como muerta. En este sistema, creado por el Código francés, y seguido entre otros por los Códigos de Suiza y el Perú, no se llega nunca a la declaración de muerte presunta, sino solamente a la declaración de ausencia, cuyos efectos se proyecta únicamente sobre los bienes que se entregan a los presuntos herederos, a quienes se les conferirá cada vez mayores atribuciones a medida que transcurre el tiempo.

Ausencia y desaparición

Es de hacer notar que en el Derecho Francés, paralelamente a la **ausencia**, existe la **desaparición**. En esos casos, reuniéndose los requisitos que exige la ley para llegar al convencimiento de la muerte, se declara la **desaparición**, con iguales efectos que la muerte probada tanto en el orden patrimonial, como familiar, llegando a la disolución del vínculo matrimonial.

La jurisprudencia francesa ha considerado que la desaparición se ha producido en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida por cierta, por ejemplo, cuando la persona se encontraba en la galería de una mina que se ha derrumbado, o en un navío que ha naufragado.

La institución de la **desaparición** ha sido también incorporada a nuestro ordenamiento legal por el artículo 33 de la ley 14.394, que modifica el artículo 108 del Código Civil y, en consecuencia, constituye un caso más de prueba supletoria de la **muerte**, y debe ser estudiada, pues, de acuerdo a los términos de dicho texto legal, como un caso más de "muerte probada".

"Art. 108.- ... En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, siempre que la desaparición se hubiera producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta. Igual regla se aplicará en los casos en que no fuese posible la identificación del cadáver".

En algunos casos nuestros jueces han aplicado este artículo al caso de personas desaparecidas en un naufragio (rastreador "Fournier") o accidentes de aviación (avioneta de Blaquier). Creemos que esta jurisprudencia efectúa una aplicación incorrecta de la norma, pues dichos casos encuadran dentro de la hipótesis especial prevista en el artículo 23 de la ley 14.394, que estudiaremos oportunamente.

La ausencia en otros Códigos

Frente al sistema del Código francés, encontramos el del Código alemán donde,

por el contrario, se llega a la declaración de muerte presunta con efectos iguales al de la muerte probada, tanto en el orden patrimonial, como respecto al derecho de familia.

En el Código de Chile, por ejemplo, la declaración de muerte presunta, cuando el sujeto ha cumplido 70 años de edad, o han transcurrido 10 años de la ausencia o 30 del día en que se tuvo la última noticia, produce hasta la disolución del vínculo matrimonial.

Los Códigos de Alemania e Italia aceptan la disolución del vínculo matrimonial, mediante una autorización a contraer nuevo matrimonio, pero con una diferencia en cuanto a los efectos que produce la reaparición del ausente, con respecto a este nuevo matrimonio. En el derecho alemán cada uno de los esposos tiene derecho a solicitar la nulidad del segundo matrimonio contemplándose los casos de mala fe (arts. 1347 a 1350 del B.G.B.), en cambio en el derecho italiano la reaparición del ausente disuelve automáticamente el nuevo matrimonio (artículo 68 del C.C. italiano).

La solución del Derecho italiano es la misma del Derecho Canónico, que autoriza realizar un procesillo ante el Tribunal de la Santa Rota, para obtener la declaración de ausencia y poder contraer nuevo matrimonio; pero hacemos notar que para el Derecho Canónico no se toma en cuenta el transcurso de plazos, sino el "convencimiento moral de que el ausente ha fallecido realmente".

Algunas de las legislaciones que pueden considerarse incluidas dentro del sistema que equipara la muerte presunta a la muerte probada, limitan los efectos de esta declaración tan sólo al orden patrimonial. Así, por ejemplo, nuestro Código Civil había adoptado una posición intermedia; iba más allá que el derecho francés, porque no se limitaba a la simple declaración de ausencia, sino que llegaba a la declaración de muerte presunta, con iguales efectos que la muerte en lo que se refiere a los bienes, pero no aceptaba la disolución del vínculo matrimonial, que sólo se producía con la muerte probada (artículo 223).

Esta posición de nuestro Código ha motivado críticas. Doctrina y jurisprudencia hacen notar, con fundamento, que en punto a la indisolubilidad del vínculo matrimonial, nuestro codificador ha sido más exigente que el propio Derecho Canónico, sin que exista justificativo para tal exigencia.

La ley 14.394, del 22 de diciembre de 1954, ha modificado al Código en este aspecto, equiparando totalmente la muerte presunta con la muerte probada. Al igual que en las legislaciones de Italia y Alemania, se autoriza al cónyuge del ausente a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el ese momento el vínculo matrimonial; pero, a diferencia de ellas, si reaparece el ausente no puede impugnarse el segundo matrimonio, que continúa siendo absolutamente válido; es decir la solución totalmente opuesta a la del derecho italiano.

Este es, a vuelo de pájaro, el panorama de la institución en el derecho

comparado.

1 bis) **Distinción entre ausencia con presunción de fallecimiento y ausencia con bienes en estado de abandono.**

Repetimos una vez más, porque es necesario dejar bien aclarado el concepto, que en una de las hipótesis la circunstancia calificante es el hecho de la existencia de bienes abandonados, sin que deba interesarnos para nada el problema de si el ausente vive o no, y por ello no deberíamos preocuparnos por la existencia o falta de noticias del ausente, a pesar de lo dispuesto en el artículo 15.

En cambio en la ausencia con presunción de fallecimiento la circunstancia calificante, además de la ausencia, es la falta de noticias que hace presumir el deceso del ausente.

Para dejar mejor definida la diversidad de ambas hipótesis la propia ley establece que no es necesario haber declarado previamente la ausencia con bienes en estado de abandono para iniciar el juicio de ausencia con presunción de fallecimiento:

"Art. 26.- ... la declaración de ausencia que prevé el artículo 19, no constituye presupuesto necesario de la declaración de fallecimiento, ni supe la comprobación de las diligencias realizadas para conocer el paradero del ausente".

Son, como vemos, dos situaciones totalmente diferentes, y así como la declaración de ausencia con bienes en estado de abandono no es necesaria para iniciar el juicio de muerte presunta, tampoco es suficiente para justificar la falta de noticias del ausente, una vez iniciado este juicio.

2) **Los diferentes supuestos previstos y reglados por el Código Civil y la ley 14.394.**

Al legislar sobre la ausencia con presunción de fallecimiento el Código civil previó dos hipótesis diferentes; ambas han sido modificadas por la ley 14.394.

a) **Hipótesis ordinaria**, como suele denominársela, contemplada en el Código civil en los arts. 110 y 11, que establecían que la ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República durante el término de seis años causa la presunción de su fallecimiento. Este plazo, como todos los del Código, ha sido reducido por la ley 14.394, que dispone en su:

"Art. 22.- La ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no dejado apoderado, sin que de ella se tenga noticia por el

término de tres años causa la presunción de su fallecimiento".

Dice el artículo: " ... haya o no dejado apoderado,...". La existencia o no de apoderado no interesa en este caso, porque ya no nos preocupa el hecho de que los bienes del ausente puedan encontrarse o no en estado de abandono. Ahora atendemos a la posibilidad de su muerte, a la inexistencia de noticias, que hace presumir la muerte del ausente. Así se justifica que la ley exija: ".. sin que de ella se tenga noticia...", porque si se tuviere noticias no se podría presumir la muerte.

Con respecto al cómputo de los tres años, establece en su parte final el:

*"Art. 22.- ... ese plazo será contado desde la fecha de la última noticia que se tuvo en la existencia del ausente"*⁵.

b) **Hipótesis extraordinarias.** El Código contemplaba solamente una (artículo 112), y en ese caso exigía que hubiesen transcurrido tres años desde la desaparición del ausente.

La ley 14.394, en atención a las realidades de la vida moderna, ha desdoblado esta hipótesis en dos casos diferentes, contenidos en los dos incisos del artículo 23, exigiendo en un caso el transcurso de dos años de ausencia y reduciendo el plazo en el otro a sólo seis meses.

Es de hacer notar también que el artículo 112, para que se configurase la hipótesis extraordinaria, establecía dos requisitos: que la persona hubiese sido "gravemente herida", si se trataba de un conflicto de guerra; y que en el siniestro "hubiesen muerto varias personas", para los otros casos.

La jurisprudencia y la doctrina criticaban estas exigencias por no considerarlas adecuadas a las necesidades de la época. A menudo se producen siniestros de esa naturaleza en los cuales una persona sola ha desaparecido. El Dr. **Buteler**, en el curso del año 1953, manifestaba:

"Cuando se trata de un terremoto, o de otro suceso semejante (siniestros, naufragios, etc.) se requerirá que en esa catástrofe hayan muerto varias personas. **Aquí se exige un requisito que actualmente podría suprimirse**, porque es perfectamente posible que una persona se haya encontrado sola en trance de muerte; verbigracia un piloto que pretendiera atravesar en avión la cordillera de los Andes, o el Océano Atlántico y que sucumbe; citemos también el caso de alpinistas que pretenden escalar altas cumbres y, a veces, intentan la proeza aisladamente y son sepultados por un alud. Podría, pues, ocurrir un suceso extraordinario -comprendido en la definición del artículo

⁵. "Por **última noticia** de la existencia del ausente se entiende el suceso que colocado en el postrer lugar de una serie de actos de la vida de relación de una persona constituye un hecho que por sus modalidades puede hacer presumir con fundamento la existencia física de aquélla hasta ese momento", Cam. Civil Capital, sala C, 21 abril 1958, "Mower, Stanley", J.A. 1958-III-167, L.L. 196-, diario 14 diciembre 1958.

112- en los cuales es de aplicación el plazo reducido de tres años y no darse el requisito de que hayan muerto varias personas (Apuntes de clase, versión taquigráfica de L.M.E., año 1953)".

No sólo la cátedra y la doctrina criticaban esta exigencia, sino que la propia jurisprudencia, como he manifestado, llegó en algunos casos a aplicar la hipótesis extraordinaria del artículo 112, a pesar de haber desaparecido una sola persona: v. gr. en el caso de un esquiador desaparecido en un grieta del piso helado, en la Antártida, durante una ventisca⁶.

Como lógica consecuencia, la ley 14.394 suprimió estas exigencias y dispuso en el primer inciso del:

"Art. 23.- Se presume también el fallecimiento de un ausente:

1º) cuando se hubiese encontrado en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o hubiere participado en una empresa que implique el mismo riesgo y no se tuviere noticias de él por el término de dos años, contados desde el día en que ocurrió o pudo haber ocurrido el suceso..."

La segunda hipótesis extraordinaria se refiere al caso de la nave o aeronave naufragadas o perdidas y, entonces, sólo exige el transcurso de seis meses. Dice el:

"Art. 23.- ... 2º) Si encontrándose en una nave o aeronave naufragada o perdida, no se tuviere noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido"⁷.

La reducción general de los plazos operada en todas las hipótesis de ausencia tiene amplia justificación en la necesidad de armonizarlos con la realidad de la vida actual. A la época de la sanción del Código Civil argentino y de las legislaciones que tomó como modelo en la materia, la telegrafía estaba en pañales, el teléfono y la radio no existían; los barcos a vapor recién comenzaban a desplazar a los veleros y la aviación constituía una fantasía científica, quizás menos imaginable que hoy los viajes espaciales. Existían todavía inmensas regiones del globo que permanecían inexploradas y desérticas.

En ese momento se justificaban plenamente los plazos que estableció Vélez

⁶. "Hartrig, Backe Wig", Cam. Civil 2ª, 11 agosto 1919, J.A. 3-648.

Conf. Machado, "Comentarios...", T. I, p. 202, nota al art. 112: "... ¿Es necesario que hayan desaparecido **varias personas** para establecer la presunción? No!..."

Salvat, "Parte General" (rev. por Romero del Prado), T. I, N° 1035, p. 611: "En regla general, esta condición se justifica bastante bien... Pero esta condición no debe exigirse cuando la persona desaparecida es la única que se ha encontrado en el suceso o accidente de que se trate..."

⁷. Esta sería la disposición aplicable en los casos del rastreador "Fournier" (ver J.A. 1952-II-455, "Bachiega, Tori de, suc." y la avioneta del conocido deportista y financista Blaquier (J.A. 1960-IV-94, "Blaquier, J.J. s/ suc").

Sársfield. Era muy posible que una persona, a consecuencia de un naufragio, por ejemplo, permaneciese incomunicada durante meses y aún años, sin que se tuviera noticias de ella aunque estuviese viva. Hoy la situación ha cambiado fundamentalmente, las comunicaciones y los transportes han progresado de manera asombrosa; casi no hay región del mundo, por alejada que esté, que no pueda comunicarse con cualquier otra en escasos segundos por medio de la radio o de la telegrafía sin hilos. Todos los barcos, mercantes y de guerra, están provistos de aparatos transmisores y receptores, que les permiten comunicarse con los otros barcos que navegan en aguas vecinas y con los puertos, prestar auxilio a quienes se hallen en las cercanías, o solicitarlo en caso de peligro.

Las aeronaves comerciales también deben estar provistas de radiotransmisores y mantener contacto periódicamente con el aeropuerto más cercano.

Todo ello configura un estado de cosas completamente distinto al que se vivía en el momento de sanción del Código. Si una persona desaparece por un tiempo del lugar de su domicilio o residencia habituales, sin que se tengan noticias de ella, la presunción de su fallecimiento es mucho más grave que antaño, por las facilidades con que contaría, si estuviese viva, para hacerlo saber. Por estas razones la reducción de los plazos dispuesta por la ley 14.394 está plenamente justificada, sin necesidad de abundar en más detalles.

3) Personas que pueden pedir la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento.

El artículo 113 del Código Civil enumeraba en forma **taxativa**, es decir agotando en esa enumeración todos los casos, las personas que podían solicitar la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento. El mencionado artículo ha sido sustituido por el artículo 24 de la ley 14.394, el cual en forma enunciativa nos dice que todo el que tenga un derecho subordinado a la muerte del ausente tiene interés legítimo para demandar la declaración de muerte presunta.

"Art. 24.- En los casos de los artículos precedentes, podrán pedir la declaración del día presuntivo del fallecimiento justificando los extremos legales y la realización de las diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente, todos los que tuvieren algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate..."

Esta sola expresión, que también usaba el artículo 113 del Código Civil, engloba todas las demás, pues tanto el cónyuge del ausente, como los presuntos herederos legítimos, los instituidos tales en un testamento abierto, o los legatarios, etc., son personas que tienen "algún derecho subordinado a la muerte del ausente".

Al referirnos al cónyuge en este punto, ya no mencionamos su vocación hereditaria, porque puede haberla perdido, y sin embargo tener subordinados a la muerte del ausente derechos o facultades que le confiere la propia ley, verbigracia la posibilidad de contraer nuevo matrimonio una vez declarada la muerte presunta.

4) Procedimiento.

Ya hemos dicho que las provincias, en virtud de la Constitución, se han reservado el derecho de legislar lo relativo a procedimientos. Sin embargo en esta materia de ausencia con presunción de fallecimiento el Código Civil, la ley nacional, ley de fondo, enuncia normas de procedimiento porque la cuestión de forma -el procedimiento- está aquí tan ligada a la cuestión de fondo que, forzosamente el Código Civil tiene que invadir en alguna medida las atribuciones provinciales para evitar que las legislaciones procesales desvirtúen la ley sustantiva.

La importancia de la materia es innegable; se trata nada menos que de la declaración de muerte presunta, de la cual depende la apertura del juicio universal de sucesión. Para llegar a esta declaración es indispensable que se respeten ciertos presupuestos procesales básicos, que establece el Código Civil, dejando el campo libre a los Códigos de procedimientos de las provincias para que completen la legislación sobre la materia.

En primer lugar, nos preguntamos: ¿ante que juez debe promoverse el juicio de ausencia con presunción de fallecimiento? Lo establece el artículo 24 de la ley, por medio de una remisión al artículo 16, que ya hemos estudiado. En general será el juez del último domicilio o residencia conocida del ausente (ver p. 14):

"Art. 24.- ... la competencia del juez se regirá por las normas del artículo 16"⁸.

Se consideran en el mencionado artículo varias hipótesis, como sr el caso de que se desconociera el último domicilio o residencia; se estará entonces al lugar donde se encuentran situados los bienes del presunto fallecido.

Cuando hablábamos de los requisitos que deben acreditarse en juicio para solicitar la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento (ver p. 9), dijimos que eran tres: 1) el hecho de la ausencia; 2) el transcurso de un plazo fijado por el Código civil; y 3) La falta de noticias.

Los plazos están determinados, ya lo hemos visto, en los artículos 22 y 23 de la

⁸. "Galbo, Pedro", Cam. Civil 2ª Capital, 20 julio 1939, L.L. 15-492. Se desestima el pedido de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento porque "es preciso no olvidar que Pedro Galbo no ha estado domiciliado jamás en el país".

ley, los otros dos requisitos los encontramos contenidos en el artículo 24 (verlo en pág. 31), concordante con el artículo 114 del C. Civil.

En virtud de esa norma se debe, pues, justificar el hecho de la ausencia, y demás extremos legales, el transcurso del plazo y la realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente, sin que se haya obtenido ningún resultado.

Supongamos que una persona pretende iniciar una demanda de declaración de ausencia, invocando su carácter de heredero legítimo o testamentario del ausente. Será necesario que, previamente, acredite el vínculo de parentesco que lo une con el ausente, o que presente el testamento que lo instituye heredero. Al hacer la presentación tendrá que efectuar un relato detallado de los hechos de tal forma que esa sola relación lleve al ánimo del juzgador la convicción de que la ausencia es inexplicable, si no se piensa que la persona ha desaparecido o ha muerto. No es suficiente decir que no se tiene noticias del ausente desde hace tiempo, sino que se debe demostrar que esa falta de noticias hace presumir el fallecimiento y que, además, se han realizado diligencias para dar con el paradero del ausente. Si el actor quisiera aprovecharse de los plazos reducidos previstos para las hipótesis extraordinarias, deberá presentar las pruebas que acrediten el hecho.

Iniciado el juicio el juez deberá designar de inmediato al ausente un defensor o curador "ad litem", como lo establece el:

"Art. 25.- El juez nombrará defensor al ausente o dará intervención al Defensor Oficial cuando lo hubiere dentro de la jurisdicción y citará a aquél por edictos, una vez por mes, durante seis meses..."

Esta disposición, concordante con el viejo artículo 115 del Código Civil, viene a aclarar la cantidad de veces que debe hacerse la publicación de los edictos, que no estaba claramente especificada en el mencionado artículo del Código.

No establecía el Código, ni lo aclara tampoco la ley 14.394, en qué sitio debe hacerse la publicación. En ese sentido la doctrina, la jurisprudencia y también algunas disposiciones procesales, sostienen que los edictos deben publicarse en el sitio donde se tuvo la última noticia del ausente, en lugar de hacerlo donde se promueve el juicio de ausencia.

Además del defensor o curador "ad litem", que deberá representar al ausente durante toda la tramitación del juicio de declaración de muerte presunta, podrá actuar también el curador a los bienes, previsto en el artículo 19, en el caso de que hubiera sido designado, ya que -como hemos visto oportunamente- en virtud del artículo 489 del Código civil le corresponde el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados (v. pág. 19).

Si no se hubiera sustanciado el juicio de ausencia con bienes en estado de abandono y, en consecuencia, no hubiera curador a los bienes o no tuviese representante con

poderes suficientes⁹, el juez deberá designar uno:

"Art. 25.- ... Designará, además, un curador a sus bienes siempre que no hubiese mandatario con poderes suficientes, incluso el que prevé el artículo 19, o cuando por cualquier causa aquél no desempeñase convenientemente el mandato".

Estas son, pues, las normas fundamentales de procedimiento a las que deben ajustarse todos los códigos de procedimientos provinciales: a) acreditar en la demanda los tres requisitos que hemos mencionado: ausencia, falta de noticias y transcurso del plazo; b) designación de un curador ad-litem; c) publicación de edictos una vez por mes, durante seis meses y d) nombramiento de un curador provisional a los bienes, si no lo tuviera, o careciese de representante voluntario con poderes suficientes.

5) Declaración judicial de muerte presunta. Fijación del día del fallecimiento. Importancia.

Luego de la publicación de edictos, presentación de las pruebas, alegato del defensor del ausente, el juicio culmina con la sentencia judicial, por la cual se declara la muerte presunta y se fija el día presuntivo del fallecimiento, ordenándose abrir el testamento cerrado, si lo hubiere. Todo el procedimiento tiende, pues, a lograr dos cosas: la declaración de ausencia y la fijación del día presuntivo del fallecimiento. En realidad ambas cosas son idénticas e inseparables; el juez las establece en una sola resolución y no puede prescindir de ninguna de ellas, porque se complementan.

"Art. 26.- Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez si hubiere lugar a ello, declarará el fallecimiento presunto del ausente, fijará el día presuntivo de su muerte y dispondrá la inscripción de la sentencia en el registro del estado civil de las personas..."

Y agrega el:

"Art. 28.- Dictada la declaratoria, el juez mandará abrir, si existiese, el testamento que hubiese dejado el desaparecido..."

Ambos artículos son concordantes con lo que disponía el artículo 116 del Código.

En cuanto a la fijación del día presuntivo del fallecimiento queremos poner de relieve que tiene extraordinaria importancia, porque esta declaración de muerte presunta

⁹. "No corresponde nombrar curador a los bienes del ausente cuya declaración de muerte presunta se solicita, si existe un mandatario para administrarlos", "Hughes, Jorge Pryce, suc.", Cam. Civil 1ª Capital, 4 octubre 1946, J.A. 1946-IV-398 y L.L. 45-11.

equivale a la muerte probada y, al igual que ella, produce la apertura de la sucesión y la atribución del derecho hereditario. En consecuencia tendrán derecho a la herencia del ausente presuntamente fallecido aquellas personas que fueren herederos a la fecha del día presuntivo del fallecimiento¹⁰.

Por cierto que el criterio para fijar el día presuntivo del fallecimiento será siempre en cierta medida arbitrario, porque no se puede precisar con exactitud la fecha, ya que ni siquiera se tiene la absoluta certeza de que el ausente haya muerto. Pero, a pesar de esa discrecionalidad la fijación de la fecha de la muerte presunta no puede quedar librada al simple arbitrio del juez, sino que la ley determina de antemano para cada caso como debe proceder el juez para fijarlo.

El Código Civil suministraba la regla pertinente en el artículo 117 pero, lógicamente, como la ley 14.394 ha modificado totalmente los plazos, ha debido modificar en consecuencia el criterio para fijar el día del presunto deceso. Demos recurrir, entonces al artículo 27 de la ley, y tendremos:

1º) **Caso ordinario**: En esta hipótesis, que es la del artículo 22, deben transcurrir tres años para que proceda la declaración de muerte presunta; el día presuntivo del fallecimiento será el último del primer año y medio:

"Art. 27.- Se fijará como día presuntivo del fallecimiento:

1º) En el caso del artículo 22, el último día del primer año y medio;..."

2º) **Primer caso extraordinario** (contemplado en el inciso 1º del artículo 23). El juez deberá fijar como día presuntivo del fallecimiento el día del terremoto, conflicto armado, naufragio o siniestro, si se conoce con exactitud la fecha del suceso, por considerar que ese es el día en que presumiblemente hay más probabilidades de que haya ocurrido la muerte. Pero si no se pudiera determinar con exactitud el día y el suceso tuviera una cierta prolongación en el tiempo, se fijará como día de la muerte presunta el que señale el término medio de duración del suceso.

"Art. 27.- ... 2º) En el que prevé el artículo 23, inciso 1º, el día del suceso en que se encontró el ausente, y si no estuviese determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido..."

Supongamos, por ejemplo, que ha durado 10 días; deberá fijarse el quinto día

¹⁰. Antonio Díaz y Martha Sigrid de Díaz viajaban en el "Principessa Mafalda", que naufragó el 25 de octubre de 1927, no encontrándose sus cuerpos. Uno de sus hijos fallece el 19 de junio de 1942, antes de que hubiesen transcurrido los 15 años exigidos entonces por el Código para entrar en posesión definitiva de los bienes. ¿Se plantea la cuestión de si es o no heredero? Evidentemente sí; y así lo resuelve el fallo, sosteniendo que "la sucesión 'se abre' por el hecho de la muerte o presunción de muerte del causante..." "Díaz, Antonio y otra /suc.", Cam. Civil 2ª Capital, 22 julio 1946, L.L. 43-573.

como fecha presuntiva del fallecimiento.

3º) **Segundo caso extraordinario** (contemplado en el inciso 2º del artículo 23 y que se refiere a la nave o aeronave perdidas o naufragadas). En esta hipótesis el juez deberá fijar como día presuntivo del fallecimiento aquel en que se tuvo la última noticia de la nave o aeronave.

"Art. 27.- ... 3º En los supuestos del artículo 23, inciso 2º, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdido...".

En este caso se toma en consideración el hecho de que las naves o aeronaves dan constantemente noticias de su situación y que si se interrumpen dichas noticias es porque, presumiblemente, en el momento de la interrupción se ha producido el suceso de gravedad que ocasionó la pérdida de la nave o aeronave. Podríamos citar como ejemplo de este caso la reciente desaparición del rastreador "Guaraní", que enluta a la Armada Argentina.

6) La posesión provisional. Noción. Situación de los investidos con esa posesión.

Declarada la muerte presunta los que tuvieran derecho a los bienes del ausente entran en posesión de ellos.

Pero es necesario, lógicamente, que acrediten su derecho mediante el juicio sucesorio correspondiente, o declaratoria de herederos. Así lo ha entendido la jurisprudencia¹¹.

El Código Civil distinguía dos etapas: a) la posesión provisoria, de la que se ocupaba a partir del artículo 118; y b) la posesión definitiva, de la que trataba en los artículos 123 y 124.

La ley 14.394 ha mantenido también estos dos períodos, aunque sin denominarlos posesión provisoria y posesión definitiva.

Se ocupa de la primera de ellas cuando dice:

"Art. 28.- Dictada la declaratoria, el juez mandará abrir, si existiese, el testamento que hubiere dejado el desaparecido.

Los herederos al día presuntivo del fallecimiento y sus legatarios, o sus sucesores, recibirán los bienes del ausente, previa formación del inventario...".

La ley ha atenuado aquí, en cierta medida, el rigor de las exigencias del Código, que en su artículo 118 no sólo imponía la formación del inventario, sino también que quienes entraban en posesión de los bienes del ausente debían otorgar fianzas, y si no pudieran hacerlo

¹¹. "Urquiza, Catalina", Suprema Corte Tucumán, 6 noviembre 1937, L.L. 11-387: Para que los presuntos herederos entren en posesión de los bienes "es necesaria la tramitación del sucesorio correspondiente con las reglas procesales que le son propias".

En igual sentido: "Alfonsín, Romero, suc.", Cam. Civil 1ª Capital, 18 julio 1941, J.A. 75-270 y L.L. 23-95.

el juez podría exigir la garantía que considerase conveniente o poner los bienes bajo la administración de terceros.

En el Código la persona que entraba en posesión provisional de los bienes del ausente lo hacía a simple título de administrador de bienes ajenos (ver el viejo artículo 119); en cambio la ley ha suprimido esa disposición, y no exige ya fianzas, sino el simple inventario y la anotación de los bienes en un registro especial. Si analizamos estas manifestaciones podemos concluir que ya no estamos frente a un simple administrador de bienes ajenos, sino ante verdaderos dueños, aunque su derecho de propiedad tenga limitaciones y sea revocable:

"Art. 28.- ... El dominio de los bienes del presunto fallecido se inscribirá en el registro correspondiente, con la prenotación del caso, a nombre de los herederos o legatarios que podrán hacer partición de los mismos, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial".

Dentro del sistema del Código, si el ausente reaparecía, la situación de las personas investidas de la posesión provisoria era sumamente desfavorable; en efecto, no sólo se revocaba dicha posesión (artículo 120), sino que como ellos se encontraban en la situación de simples administradores de bienes ajenos (artículo 119), debían restituir los frutos percibidos; eran responsables de la buena administración, debían mantener los bienes en buen estado, etc., etc.

Actualmente, repetimos, se los considera verdaderos propietarios, aunque se trata de una situación especialísima por la ley, en atención a la posibilidad de que el ausente puede reaparecer, impone ciertas limitaciones a su derecho, como el inventario, la prenotación y la prohibición de disponer de los bienes sin autorización judicial.

Fin de la posesión provisional

La posesión provisional puede terminar de cuatro maneras diferentes: a) por la reaparición del ausente; b) noticia cierta de su existencia; c) muerte probada del ausente; y d) por la posesión definitiva.

a) **Reaparición del ausente:** esta reaparición puede efectuarse en forma personal, o por medio de un representante legítimo, como en el caso del ausente con bienes en estado de abandono, que se haga cargo de los bienes del ausente y las personas que habían adquirido la posesión provisional deben restituirlos.

Hemos puesto de relieve que según el régimen del Código se consideraba a las personas que entraban en posesión provisional como simples administradores de bienes ajenos y, en consecuencia, ellos debía restituir también los frutos percibidos y el único derecho que

tenían, al igual que los tutores o curadores, era percibir una pequeña remuneración: la décima parte de los frutos líquidos.

Manifestamos también que esta situación ha sido modificada por la ley, que los inviste del carácter de verdaderos dueños, afirmación que se vé corroborada por el artículo 29, que los equipara a los poseedores de buena o de mala fe, en cuanto a la restitución de los frutos:

"Art. 29.- ... Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1307 y siguientes del Código Civil, en los casos precedentes se aplicará a los frutos percibidos lo dispuesto a los poseedores de buena o mala fe".

Por tanto, si reaparece el ausente, los herederos que entraron de buena fe en posesión de los bienes del ausente, es decir que tenían el convencimiento de que efectivamente había fallecido, no están obligados a restituir los frutos, sino que únicamente entregarán los bienes en el estado que se encuentra o lo que hubieran adquirido con su venta; lo que sería muy fácil de determinar porque en virtud de la exigencia de la prenotación no puede realizar actos de disposición sin autorización judicial.

b) **Noticia cierta** sobre la existencia del ausente. Estamos aquí frente a un hecho indiscutible que destruye la presunción de muerte; este caso es muy similar al primero y casi podría equipararsele. Termina también de esta manera la posesión provisional y deben restituirse al ausente sus bienes.

c) **Muerte probada.** En esta hipótesis dejamos de estar frente a la presunción de fallecimiento, para encontrarnos ante un caso común de transmisión hereditaria por muerte probada; simplemente deberá tenerse en cuenta para la apertura de la sucesión la fecha exacta de la muerte probada, en lugar del día presuntivo del fallecimiento, y la posesión provisional se transformará en posesión definitiva.

d) **Posesión definitiva.** Pasaremos a estudiar a continuación esta etapa, que también da fin a la posesión provisional.

7) Posesión definitiva. Noción. Sucesión de las personas investidas con esta posesión.

La ley ha reducido de quince a cinco años el lapso que debe transcurrir desde el día presuntivo del fallecimiento para que los herederos puedan entrar en posesión definitiva de los bienes. Desde ese momento ya pasan a ser verdaderos propietarios de los bienes y pueden disponer libremente de ellos, sin ninguna limitación, quedando cancelada la prenotación.

"Art. 30.- Transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento, u ochenta años desde el nacimiento de la persona, quedará sin efecto la prenotación

prescripta pudiendo desde ese momento disponer libremente de los bienes. Queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal".

Se atiende de esta manera al hecho de que el transcurso del tiempo da una mayor seguridad de que la muerte del ausente se ha producido efectivamente. No existe, sin embargo, la certeza del fallecimiento y en cualquier momento podría reaparecer el ausente. A pesar de que la duda subsiste consideramos casi imposible la reaparición del ausente y por ello la ley otorga esos bienes en posesión definitiva.

A pesar de todo esta propiedad no es perfecta, sino que puede revocarse por la aparición del ausente; se trataría pues de un derecho de dominio bajo condición resolutoria, que podría ser revocado por la reaparición del ausente y que sólo se perfeccionaría por el transcurso de la posesión treintenaria.

Fin de la posesión definitiva

La posesión definitiva sólo puede extinguirse por la reaparición del ausente, a quién deben restituirse los bienes, en el estado en que se hallasen, o lo adquirido con los que se hubiesen enajenado, como así también los frutos no consumidos. Es lo que dispone en su primera parte el:

"Art. 32.- Si el ausente reapareciese podrá reclamar la entrega de los bienes que existiesen y en el estado en que se hallasen; los adquiridos con el valor de los que faltaren; el precio que se adeudase de los que se hubiesen enajenado, y los frutos no consumidos..."

Debemos hacer notar que en esta etapa de la posesión definitiva los poseedores, que tenían el carácter de verdaderos dueños, sólo deben restituir los bienes en el estado en que se encuentren a la época de la reaparición del ausente, sin tener ninguna responsabilidad por lo que se hubiese consumido o perdido, sea de buena o de mala fe. En cambio durante el período de la posesión provisional las facultades del poseedor son más limitadas, porque sólo puede disponer de los bienes con autorización judicial y si prescindiera de esa autorización tendría que cargar con la responsabilidad consiguiente.

8) Aparición de herederos.

El Código Civil contemplaba en el artículo 125 la posibilidad de aparición de herederos preteridos, es decir dejados de lado, no tomados en cuenta o desconocidos en el momento de hacerse la partición de la herencia. El mencionado texto legal padecía defectos de

redacción que lo hacían sumamente confuso y de difícil interpretación. La doctrina nacional se esforzaba por darle un sentido lógico y quien tenga interés de conocer los problemas que originaba el análisis de dicho artículo puede recurrir a cualquiera de los Tratados de Derecho Civil publicados con anterioridad a la sanción de la ley 14.394, que estudian el problema.

Afortunadamente con la sanción de esta ley la mencionada norma legal queda derogada y encontramos disposiciones claras que solucionan en forma correcta el problema que se plantea cuando aparecen herederos que no han sido tomados en consideración.

Ya hemos dicho que si el ausente reaparece -en cualquiera de las dos etapas: posesión provisional o posesión definitiva- puede solicitar y obtener la restitución de sus bienes. Únicamente perderá este derecho cuando haya transcurrido el plazo de la "prescriptio longuissimi temporae", es decir 30 años desde que los sucesores entraron en posesión de los bienes. Antes de operarse la prescripción, repetimos, puede solicitar en cualquier momento la restitución.

La ley equipara este caso al de la aparición de otros herederos, cuya existencia se hubiese ignorado, habiéndoselos privado, en consecuencia, de su participación en los bienes del ausente, y dispone, refiriéndose primero a la etapa de la posesión provisional:

"Art. 29.- ... Si se presentasen herederos preferentes o concurrentes preteridos que justificasen su derecho a la época del fallecimiento presunto, podrán reclamar la entrega de los bienes o la partición que les corresponda en los mismos, según el caso...".

Y, en el período de la posesión definitiva:

"Art. 32.- ... Si en iguales circunstancias se presentasen herederos preferentes o concurrentes preteridos, podrán ejercer la acción de petición de herencia...".

Debemos aclarar que, de acuerdo a la opinión del Dr. **Buteler**, si bien es cierto que la acción del ausente para reclamar la devolución de los bienes sólo prescribe a los treinta años, en cambio la acción de estos herederos preteridos prescribe a los diez años entre presentes y a los veinte entre ausentes, por tratarse de una acción personal. Vencido este plazo de prescripción no tendrían ninguna forma de hacer efectivo su derecho.

Repetimos, pues, que los herederos preteridos indebidamente, es decir no tenidos en cuenta y eliminados de la posesión provisional o definitiva, podrán solicitar ser reconocidos como herederos y aprovechar así de la presunción de muerte, que favorece a todos los que tienen derecho a los bienes del ausente.

Dichos herederos podrán ser preferentes, y en ese caso podrán reclamar la entrega de todos los bienes y que se los reconozca como únicos herederos; por ejemplo el caso de un hijo desconocido frente a parientes colaterales. Podrá tratarse también de herederos

concurrentes, que pretenden ser declarados herederos juntamente con los ya reconocidos y participar con ellos de los bienes del ausente. Será necesario simplemente que acrediten su vocación hereditaria, probando el lazo de parentesco que los une con el ausente o presentando el testamento que los instituye herederos, para que el juez deba reconocerlos como tales y entregarles los bienes o darles la participación que les corresponda en los mismos.

9) Disolución del vínculo matrimonial en caso de ausencia. Sistema del Código Civil. Legislación comparada. Sistema de la ley 14.394.

Nuestro Código Civil sólo admitía la disolución del vínculo matrimonial por la muerte probada o la nulidad de matrimonio. Sin embargo este punto ha sido modificado por la ley 14.394.

Para estudiar los diferentes sistemas que encontramos en el campo de la legislación civil comparada, remitimos a lo dicho **supra** en el punto 1) del apartado III, "Caracteres distintivos de la institución, según los distintos sistemas legislativos, en las pags. 21 y ss.

Anticipamos entonces que la declaración de muerte presunta **autorizaba** al cónyuge del ausente a contraer matrimonio. El vínculo matrimonial no se disuelve automáticamente sino que, por el contrario, permanece intacto hasta el momento en que el cónyuge contraiga nuevas nupcias. Si en el ínterin hubiese reaparecido el ausente, podría reintegrarse a su situación jurídica matrimonial, porque hada ha cambiado y el vínculo conserva todo su vigor mientras el otro cónyuge no haya hecho uso de la mencionada autorización.

Pero, en cambio, si aprovechando la autorización del artículo 31 de la ley el cónyuge se casa nuevamente, la reaparición del ausente no causa ningún efecto, subsistiendo válidamente el segundo matrimonio. Es lo que establece el:

"Art. 31.- La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, autoriza al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraerse estas segundas nupcias..."

Antes no; de modo que -como hemos sostenido- el ausente reaparecido puede reintegrarse a su situación de familia.

*"Art. 31.- ... La reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio ..."*¹².

En este punto la solución dada por nuestra ley es totalmente contrapuesta a la

¹². En fallo reciente, aparecido en L.L. 97-329 (con nota de Werner Goldschmidt) se hace referencia a este artículo, aunque en la especie se trata de un complicado problema de Derecho Internacional Privado.

dada por el Código Italiano que, producida la reaparición del ausente, dispone la anulación del segundo matrimonio.

Nos inclinamos por esta solución, que es también la del Derecho Canónico, por considerar que la reaparición del ausente indica claramente que el primer vínculo jamás ha quedado disuelto, sino que por el contrario siempre subsistió. Creemos que la ley debe ser modificada en tal sentido. Por otra parte, la solución que propugnamos es la única que armoniza con nuestro sistema legal ya que, por ejemplo, si una persona creyéndose viuda por error, en virtud de una partida de defunción que acredita una muerte **probada**, contrae nuevo matrimonio y el "muerto" aparece, el segundo matrimonio debería anularse porque existía el impedimento de ligamen, aunque ambos contrayentes lo desconociesen y hubiesen obrado de buena fe. Si ésta es la solución que debe darse cuando aparece un "muerto", con mayor razón debería ser la misma cuando reaparece un ausente.

La última parte del artículo 31 se halla suspendida en su vigencia por un decreto ley del gobierno provisional de la Nación, del año 1956.

Decía el:

"Art. 31.- ... También, transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al juez que la dictó pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial, si con anterioridad ambos cónyuges no hubiesen manifestado por escrito al juzgado que se han reconciliado. El juez hará la declaración sin más trámite ajustándose a las constancias de autos. Esta declaración autoriza a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias..."

Este agregado es totalmente ajeno al régimen de la ley que estamos estudiando; es un asunto traído de los cabellos", pues al tratar del régimen de la ausencia injerta en la última parte del artículo 31 esta disposición que introduce en forma inconsulta e inesperada el divorcio absoluto en la legislación argentina.

Es bueno recordar brevemente la génesis de esta disposición; el 21 de diciembre de 1954, por la noche, mientras se discutía el proyecto en la Cámara de Diputados, fue propuesto en el recinto de sesiones este agregado por la mayoría peronista que se encontraba entonces en conflicto con la Iglesia Católica; pasó inmediatamente al Senado, que sancionó sobre tablas el proyecto en la mañana del 22 de diciembre. Se encontró así el país con la vigencia sorpresiva de una ley de divorcio absoluto, que obtuvo en ese momento aprobación con el exclusivo objeto de herir la conciencia del sector católico de la población del país; y que, prescindiendo del problema político-religioso, en razón de su aprobación apresurada y falta de estudio, presentaba serios defectos técnicos, porque no contemplaba aspectos sobre los que, en caso de considerar necesario el divorcio, hubiera sido indispensable legislar.

En conclusión, la ley 14.394 establece que la declaración de muerte presunta produce los siguientes efectos con relación al vínculo matrimonial:

- a) Autoriza al cónyuge del ausente a contraer nuevo matrimonio;
- b) El primer matrimonio subsiste mientras no se hayan contraído nuevas nupcias;
- c) La reaparición del ausente no produce la nulidad del segundo matrimonio.

10) **El Código Civil y la ley 14.394.**

Nos permitimos presentar un resumen de las modificaciones introducidas al régimen de la ausencia, legislada en el Código Civil. De acuerdo a lo visto diremos:

A) La ley 14.394 legisla sobre **ausentes con bienes en estado de abandono**. Llena así la laguna que existía en el Código Civil y soluciona el problema de interpretación que originaba el inciso 5 del artículo 54. Instituye para este tipo de ausentes la curaduría a los bienes.

B) Se ocupa luego de los **ausentes con presunción de fallecimiento**:

1) **Modificación de los plazos**: a) El plazo ordinario de seis años se reduce a tres (artículo 22); b) El plazo extraordinario de tres años, contemplado en el artículo 112 del C.C., se reduce a dos (artículo 23, inciso 1º), y c) crea además una hipótesis especial, cuyo plazo está reducido a seis meses, para el caso de naves o aeronaves perdidas (artículo 23, inciso 2º).

2) **Fijación del día presuntivo del fallecimiento**. Correlativamente cambia el criterio legal para la fijación del día presuntivo del fallecimiento: a) En el plazo ordinario de tres años deberá fijarse como fecha del fallecimiento presunto el último día del primer año y medio (artículo 27, inciso 1º); b) en el primer caso extraordinario, será el día del suceso, catástrofe, incendio, terremoto, acción de guerra, etc., si se conoce la fecha cierta, y en caso contrario, el término medio de duración del suceso (artículo 27, inciso 2º); y c) en el caso de la nave o aeronave perdidas, se fijará como día presuntivo del fallecimiento el día en que se tuvo la última noticia (artículo 27, inciso 3º).

3) **Personas que pueden pedir la declaración de ausencia**. La ley, en su artículo 24, resume la larga enumeración del artículo 112 del Código a la sola locución empleada también por el propio artículo 113: "todos los que tuvieren algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate".

4) **Procedimiento**. La ley completa al Código Civil, en lo que se refiere a la publicación de edictos, al establecer que deben publicarse una vez por mes, durante seis meses (artículo 25).

5) **Poseción provisional**. Según los artículos 118 y 119 del Código los herederos o

legatarios entraban en posesión provisional de los bienes del ausente en el mero carácter de administradores de bienes ajenos, exigiéndoseles inventario y fianza a satisfacción del juez. La ley 14.394 reduce esta exigencia tan sólo al inventario y la prenotación correspondiente en el respectivo registro, donde constará que pueden administrar los bienes, pero no enajenarlos o gravarlos sin autorización judicial (artículo 28).

6) **Poseción definitiva.** El Código exigía que transcurrieran quince años desde el día presuntivo del fallecimiento para que las personas que estaban en posesión provisional de los bienes llegasen a la posesión definitiva. La ley 14.394 ha disminuido ese término a sólo cinco años.

7) **Aparición de herederos preteridos.** En el caso de preterición de herederos, excluyentes o concurrentes, tanto en la etapa de la posesión provisional como de la definitiva, tienen la acción de petición de herencia para reclamar el reconocimiento de su calidad de tales y la entrega de los bienes en la medida que a ellos les corresponda (artículos 29 y 32 de la ley 14.394), sin necesidad de demostrar la muerte efectiva del ausente, pues a todos beneficia por igual la declaración presuntiva del fallecimiento. De esta manera la ley ha derogado el artículo 125 del Código, tan defectuosamente redactado -especialmente su segunda parte- que muchos autores lo interpretaban en el sentido de que los herederos testamentarios preteridos o de un testamento ignorado tenían que probar la muerte efectiva para poder gozar de sus derechos como tales.

8) **Incertidumbre sobre la muerte efectiva del ausente.** Se mantiene el principio general establecido por el Código con respecto a esta institución, ya que siempre continúan existiendo dudas con relación a la muerte real del ausente y en todo momento la ley reconoce la posibilidad de su reaparición, disponiendo que en este caso deben restituírseles sus bienes.

9) **Disolución del vínculo matrimonial.** Dentro del Código civil la ausencia con presunción de fallecimiento, a pesar de estar equiparada a la muerte probada, no producía la disolución del vínculo matrimonial. La ley 14.394 ha modificado sustancialmente este punto, **autorizando** al cónyuge del ausente a contraer nuevo matrimonio, y en ese caso se produce la ruptura del vínculo en el momento de contraerse las nuevas nupcias.

BIBLIOGRAFÍA:

BORDA, Guillermo A.: "Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General".

ENNECCERUS, L.: "Tratado de Derecho Civil - Parte General", Barcelona, 1937.

FREITAS, Teixeira de: "Esboço", o Proyecto de Código Civil para el Imperio del Brasil.

Ley 14.394

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
(República Argentina)
<http://www.acader.unc.edu.ar>

MAZEAUD, Henry, León y Jean: "Droit Civil", Tomo I.

ORGAZ, Alfredo: "Personas individuales".

SALVAT, Raymundo L. "Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General", edición revisada por Romero del Prado.