



Título: Ausencia simple y con presunción de fallecimiento

Autor: Olmo, Juan Pablo

Publicado en: Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Abril 2017, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, p. 18; Diario La Ley 09/06/2017, p. 1.

I. Introducción: ausencia

Una persona está ausente si ha desaparecido de su domicilio, sin tenerse noticias de ella. Esta ausencia puede ser:

- 1) simple (arts. 79 a 84 CCyCN);
- 2) con presunción de fallecimiento (arts. 85 a 92 CCyCN).

En cualquiera de los dos casos se requiere de una resolución judicial que así lo determine.

II. Ausencia simple

1. Procedencia

Con la declaración de ausencia simple lo que se busca es nombrar un curador a los bienes (ad bona), esto es, que alguien se ocupe de la administración del patrimonio de una persona que no puede hacerlo por motivo de que ha desaparecido sin dejar apoderado. En cambio, si hubiera dejado un apoderado, entonces no habría interés jurídico en declararla ausente y con ello nombrarle un curador. Otro tanto ocurre si dejó apoderado pero sus poderes son insuficientes o no desempeña convenientemente el mandato, de modo que se hace necesario, aquí también, designarle un curador.

2. Procedimiento

El artículo 80 del Código prevé una legitimación amplia para promover la acción, cuando dice que: "Pueden pedir la declaración de ausencia, el Ministerio Público y toda persona que tenga interés legítimo respecto de los bienes del ausente".

Con relación a la legitimación del Ministerio Público, a rigor de verdad la norma alude únicamente al Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, también podrá promover la acción el Ministerio Público de Menores (art. 103 CCyCN), pero en este caso lo será en virtud de la actuación que le compete en representación de los intereses de personas menores de edad, incapaces o con capacidad restringida que se pudieran ver comprometidos en el

caso, y por los cuales debe velar.

Respecto de los que tienen un interés legítimo, se pueden incluir a los socios, condóminos, usufructuarios de un bien titularidad del ausente, etc.

Los legitimados deberán presentar la solicitud ante el juez correspondiente al domicilio del ausente, pero si no tiene domicilio en el país o no es conocido, ante el juez del lugar donde se encuentren los bienes cuya administración se pretende. Si hay bienes en varias jurisdicciones del país, corresponderá la actuación del primer juez que haya intervenido.

El juez citará por edictos al presunto ausente durante cinco días. Si vencido el plazo la persona no comparece se le nombrará un defensor oficial para que la represente durante el proceso, como así también en aquellas acciones que se inicien contra el presunto ausente durante el juicio y previo la sentencia que lo declare tal. Asimismo, en caso de que por motivos de urgencia no se pueda esperar hasta el dictado de la sentencia, el juez podrá nombrar un administrador provisional de los bienes —con los alcances que surjan de esa resolución— o bien adoptar otras medidas que estime apropiadas para que no se produzca un perjuicio en el patrimonio (ej.: inhibición de bienes, etc.).

3. Curatela

Previo dictamen del defensor de ausentes y del Ministerio Público, el juez dicta sentencia declarando la ausencia. En el mismo acto, se le designa un curador al ausente, quien deberá aceptar el cargo que le será discernido según las reglas generales de la curatela (arts. 138 a 140), las cuales, a su vez, remiten a las reglas de la tutela, puntualmente en este caso a los artículos 112 y sgtes. del Código.

La función del curador a los bienes consiste en realizar todos aquellos actos de conservación y administración ordinaria en procura de la conservación del patrimonio del ausente. Por ello, en principio, no le están permitidos aquellos actos que excedan los propios de una administración ordinaria, para cuya realización requerirá de autorización judicial, la que será otorgada cuando resulten necesarios e impostergables (ej.: la venta de un inmueble que genera gastos, cuando sea muy difícil darlo en alquiler debido a su estado de conservación).

Durante su administración el curador deberá destinar los frutos y las rentas de los bienes para el sostenimiento de los descendientes, cónyuge, conviviente y ascendientes del ausente.

La actuación del curador continuará hasta tanto no se produzca alguno de los supuestos previstos para el cese en el artículo 84 del Código: "a) la presentación del ausente, personalmente o por apoderado; b) su muerte; c) su fallecimiento presunto judicialmente declarado". Al finalizar su actuación el curador deberá rendir cuentas de su gestión ante quien corresponda, según el caso (ausente, herederos).

En el primer supuesto, desaparece el fundamento principal por el cual se designó al curador, sea porque la persona reaparece personalmente o bien porque lo hace a través de un apoderado, sea uno nuevo con facultades de administración de los bienes o el mismo que tenía un poder insuficiente, ahora ampliado.



En el segundo caso, demostrada la muerte, desde ese mismo instante el patrimonio del causante se transmite a sus herederos, debiéndose aplicar las reglas previstas en el libro de las sucesiones a los fines de su administración.

III. Ausencia con presunción de fallecimiento

1. Fin de la existencia de las personas

El artículo 93 CCyCN establece que: "La existencia de la persona humana termina por su muerte". A su vez, en cuanto a la determinación del momento de la muerte (comprobación de la muerte como hecho biológico) (1), el Código recepta dos reglas:

1) La comprobación de la muerte queda sujeta a los "estándares médicos aceptados". Se aplica la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver (art. 94).

El primer aspecto de la regla se sustenta en que la muerte no es un hecho jurídico sino biológico, de modo que su efectiva comprobación corresponde a los profesionales de las ciencias médicas.

El segundo punto tratado por la norma cobra importancia a los fines de verificar la muerte de quien será donante de órganos, en cuyo caso se aplica el artículo 23 de la ley 24.193 (trasplantes de órganos y materiales anatómicos), según el cual: "El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible". Ello debe ser complementado con el artículo 24: "A los efectos del artículo anterior, la certificación del fallecimiento deberá ser suscripta por dos médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. Ninguno de ellos será el médico o integrará el equipo que realice ablaciones o implantes de órganos del fallecido. La hora del fallecimiento será aquella en que por primera vez se constataron los signos previstos en el artículo 23".

2) Conmoriencia. Se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario (art. 95). El tema cobra interés cuando estas dos o más personas están vinculadas entre sí por una posible adquisición recíproca o unilateral de derechos derivados a la muerte (ej.: sucesión).

Lo dicho hasta aquí refiere a la muerte comprobada, por contraposición a la muerte presunta.

2. Diferencias con la ausencia simple

La declaración judicial de la ausencia simple obedecía a la necesidad de administrar el patrimonio del ausente a través de un curador. Aquí, en cambio, la ausencia hace presumir el fallecimiento de la persona, por ello también el procedimiento es más riguroso. El juez declara su muerte presunta y ello da lugar a la apertura de su sucesión (art. 2277, CCyCN).

3. Procedencia

El Código regula la presunción de fallecimiento a través de dos regímenes: ordinario (art. 85) y extraordinario (art. 86).

a) Caso ordinario

El primer supuesto se da en caso de ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años. Es decir, el plazo no se computa desde que dejó el domicilio sino desde la fecha de la última noticia que se tenga del ausente.

A diferencia de la ausencia simple, en estos casos es indistinto que la persona haya dejado apoderado, puesto que, en cualquier caso, se presume su fallecimiento.

b) Caso extraordinario

Por su parte, el régimen extraordinario puede darse en dos supuestos: "a) si por última vez se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido; b) si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido".

Es decir, en este otro caso no es el mero transcurso del tiempo de ausencia, sino el hecho de haberse encontrado presente en determinadas circunstancias o momentos que hacen presumir, ante la ausencia, el hecho de la muerte.

4. Procedimiento

Cualquiera que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate, puede presentarse ante el juez del domicilio del ausente y pedir la declaración de fallecimiento presunto, justificando los extremos legales y la realización de diligencias



tendientes a la averiguación de la existencia del ausente. Si bien puede ocurrir que con anterioridad se haya dictado una declaración judicial de ausencia simple, ello no es un requisito necesario para la procedencia de la declaración de muerte presunta, puesto que se trata de dos acciones autónomas.

En el caso de la ausencia simple, los legitimados para iniciar la acción tienen un interés que no necesariamente está sujeto al hecho de la muerte del ausente como sí ocurre en este caso, donde lo que se busca no es resguardar el patrimonio —aunque indirectamente sí—, sino declarar judicialmente que la persona ha fallecido cuando su comprobación no fuera posible a través de los canales normales. Dentro de los legitimados el ejemplo más claro es el de los herederos.

Una vez iniciada la acción, el juez le debe nombrar un defensor al ausente para que lo represente durante el proceso y citarlo por edictos una vez por mes durante seis meses.

5. Curatela

El juez también deberá nombrar un curador a los bienes en caso de que: a) el ausente no haya dejado apoderado; o bien, b) el apoderado no tenga poder suficiente o no desempeña correctamente el mandato.

A diferencia de la ausencia simple, donde la designación de curador era la consecuencia del dictado de la sentencia, aquí, en cambio, la actuación del curador se da durante el proceso y hasta tanto se dicte la sentencia declarando la muerte presunta.

6. Sentencia

Una vez que se haya producido la prueba ofrecida y transcurridos los seis meses sin que la persona aparezca, luego de oír al defensor del ausente, el juez estará en condiciones de dictar sentencia. Si se encuentran acreditados los extremos legales, el juez declarará la muerte presunta y determinará el día presuntivo del fallecimiento, cuya fecha se establecerá del siguiente modo (art. 90): "a) en el caso ordinario, el último día del primer año y medio; b) en el primero de los casos extraordinarios, el día del suceso, y si no está determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido; c) en el segundo caso extraordinario, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdidos; d) si es posible, la sentencia debe determinar también la hora presuntiva del fallecimiento; en caso contrario, se tiene por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento".

Si la acción prospera, corresponderá hacer entrega de los bienes del presuntamente fallecido a sus herederos, bajo inventario. Los herederos podrán hacer la partición de los bienes, esto es, la división de la herencia entre ellos, con la correspondiente inscripción en los registros (de la propiedad inmueble, automotor, etc.).

7. Prenotación

Sin embargo, como se trata de una muerte presunta, existen algunas particularidades: durante un tiempo los bienes no podrán ser enajenados ni gravados sin autorización judicial, puesto que la ley prevé la posibilidad de que el ausente pueda presentarse o que se tengan noticias de él. Es lo que se conoce con el nombre de prenotación, que consiste en dejar constancia en los registros que la declaratoria de herederos se ha dictado en un juicio sucesorio promovido en virtud de una declaración de fallecimiento presunto.

En cambio, si la situación se mantiene y no hay noticias del ausente —transcurridos cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona—, la prenotación queda sin efecto y entonces puede disponerse libremente de los bienes.

Finalmente, la otra posibilidad es que el ausente reaparezca con posterioridad, en cuyo caso el artículo 92 del Código dice que la persona podrá reclamar: "a) la entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran; b) los adquiridos con el valor de los que faltan; c) el precio adeudado de los enajenados; d) los frutos no consumidos".

8. A modo de cierre: distinción con otros supuestos

La última parte del artículo 98 del Código prevé el supuesto donde no es posible hallar el cadáver, o bien no es posible identificarlo.

Con relación al primero, cabe aclarar que no se trata de un supuesto de ausencia con presunción de fallecimiento, donde el fallecimiento se presume justamente a partir de la ausencia (muerte presunta); sino que quien se encuentra ausente no es la persona sino el cadáver, en un contexto en el cual la muerte no se presume sino que se tiene certeza de que haya acaecido. En el segundo caso, el cadáver está presente pero no puede ser identificado, ni siquiera a través de pericias.

Para estos dos casos, se prevé que la inscripción de la defunción se lleve a cabo mediante orden judicial, luego de valorar la prueba producida que permita tener por acreditado el fallecimiento de una persona.

(1) Distinto a la prueba de la muerte (acreditación jurídica), que se determina de acuerdo a las reglas de los artículos 96 a 98 CCyCN, tal como se verá en el acápite siguiente al cual remitimos.