**AUSENCIA CON PRESUNCION DE FALLECIMIENTO**

El concepto de ausencia (no presencia) de una persona, en sentido técnico jurídico, incluye la incertidumbre acerca de su existencia con vida, que se acentúa en la medida que transcurre mayor tiempo. La ausencia de una persona puede ser simple o calificada. La ausencia simple consiste en la desaparición de una persona de su domicilio, sin tener noticias de ella, ni haber dejado apoderado o, en caso de existir apoderado, que aquel cuente con poder insuficiente o no desempeñe el mandato convenientemente. La ausencia simple no debería generar, en principio, sospechas de fallecimiento ni adoptar medidas sobre sus bienes en tanto la ausencia no se prolongue en el tiempo.

En cambio, la ausencia calificada ocurre cuando, en virtud del transcurso prolongado del tiempo (caso ordinario) o de las circunstancias de la desaparición —como un naufragio o un accidente aéreo— (caso extraordinario), cabe presumir que la persona ausente se encuentra fallecida. En estos últimos supuestos no hay certezas de la muerte de la persona ausente, por lo que puede aparecer posteriormente con vida. Sin embargo, se le atribuye el efecto de la presunción de fallecimiento por reunir determinados elementos que revisten interés para el orden jurídico.

Caso Ordinario:

La ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento aunque haya dejado apoderado. El plazo debe contarse desde la fecha de la última noticia del ausente. Este es el denominado Caso ordinario

Los tres presupuestos de procedencia para la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento son en los casos ordinarios son:

a) El hecho de que la persona se encuentre ausente de su domicilio. El domicilio debe ser en la República Argentina, de lo contrario los tribunales argentinos no tendrían competencia.

b) La falta de noticias sobre la existencia de esa persona. Debe existir incertidumbre acerca del estado de vida de la persona, ignorando su suerte.

c) El transcurso del término o plazo de tres años. El cómputo del plazo comienza con la última noticia del ausente y el término de tres años es el mínimo que debe haber transcurrido desde esa oportunidad. Estas tres circunstancias deberán ser acreditadas en juicio, conforme el procedimiento determinado por el CCyC.

Por otro lado, existen los casos denominados “Casos Extraordinarios”, donde se presume también el fallecimiento de un ausente:

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.

El primero de los casos, denominado por los académicos supuestos extraordinarios genéricos, comprende a todos aquellos sucesos susceptibles de ocasionar la muerte de una persona. A su vez, se refiere —también en forma genérica— a las actividades en que el ausente haya participado y que impliquen ese riesgo. La enumeración del artículo es meramente enunciativa, no taxativa. Así, quedan incluidos en esta categoría todos los tipos de desastres naturales, tales como: incendios, terremotos, acciones de guerra, inundaciones, tsunamis, deslizamiento de tierra, huracanes y pestes. Inclusive, las lluvias, vientos, entre otros, pueden convertirse en desastres cuando superan los límites de la normalidad. Sin embargo, la norma no se limita a desastres naturales. En tal sentido, comprende también cualquier actividad que produzca un riesgo de muerte y, obviamente, conlleve dificultades para tener certeza del fallecimiento. Entre ellas, pueden mencionarse actividades como alpinismo, trekking de alto riesgo, entre otras. La norma establece como requisito que no se debe haber tenido noticia del ausente por el término de 2 años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido. De este modo, se establece un plazo menor a los 3 años requeridos para los casos ordinarios de ausencia con presunción de fallecimiento. El plazo se reduce por tratarse de casos en los que existen circunstancias fácticas objetivas que incrementan las probabilidades de muerte a raíz de los riesgos propios de la actividad que la persona ausente se encontraba desarrollando.

El segundo supuesto prevé los casos específicos en que no se tuviesen noticias de la existencia de una persona, que se encontraba en un buque o aeronave naufragados o perdidos, por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido. En este supuesto, el plazo requerido es menor que el establecido para los casos ordinarios (3 años) y los extraordinarios genéricos (2 años). La solución resulta adecuada, en tanto las posibilidades de sobrevivir a un naufragio o pérdida de un buque o aeronave son sumamente reducidas, aumentando notablemente las probabilidades de muerte.

Las circunstancias invocadas para configurar tanto los casos ordinarios como los extraordinarios deberán ser acreditadas en un juicio, de conformidad con el procedimiento establecido por el CCyC. Se trata de un proceso en el que los interesados deberán realizar las diligencias que ordene el juez para intentar conocer el paradero de la persona ausente.

A diferencia de la ausencia simple, regulada en los arts. 79 al 84 CCyC, el procedimiento ante la ausencia con presunción de fallecimiento no se limita a resolver los conflictos de bienes sin administrador, sino que tiende a equiparar al ausente con una persona probadamente fallecida. Las diferencias entre estas últimas son básicamente la necesidad del inventario y la falta de legitimación de los herederos y legatarios para disponer de los bienes durante la prenotación.

La finalidad del instituto es proteger los intereses pecuniarios del ausente, de su familia, de sus eventuales herederos y de todos aquellos que tengan algún derecho sobre sus bienes supeditados a la condición de su muerte.

Este instituto no debe confundirse con aquellos casos en que existe certeza sobre la muerte de una persona, pero no se ha podido encontrar o identificar su cadáver. Estos últimos constituyen un supuesto distinto al analizado en este Capítulo y se encuentra regido en el segundo párrafo del art. 98 CCyC.

Por último, a fin de tener presente la historia de nuestro país, conviene aclarar que los casos de personas desaparecidas entre 1975 y 1983 tuvieron un procedimiento especial establecido por la ley 24.321 de 1994. Se trata de un estatus legal distinto a la persona viva, fallecida o ausente con presunción de fallecimiento, constituido por la persona “ausente por desaparición forzada”. Mediante esa configuración de gran trascendencia histórica e institucional para nuestro país, la ley no presume que la persona falleció sino que fue ilegítimamente privada de su libertad y nunca apareció, ni viva ni muerta.

Los legitimados:

Cualquiera que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate, puede pedir la declaración de fallecimiento presunto, justificando los extremos legales y la realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente. Es competente el juez del domicilio del ausente.

El Código adopta un criterio amplio de legitimidad activa. Es decir, cualquier persona que acredite tener algún derecho derivado de la muerte de la persona ausente puede peticionar judicialmente la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento. La norma no distingue entre los casos ordinarios ni extraordinarios previstos en los arts. 85 y 86 CCyC, respectivamente.

La posibilidad de que toda persona que tenga algún derecho subordinado a la muerte del ausente pueda iniciar el proceso resulta razonable en tanto pueden ser personas interesadas: un ex cónyuge aun cuando estuvieren divorciados, los acreedores cuando tengan subordinada la posibilidad de exigir la prestación a plazo o condición de muerte, los socios, condóminos, el representante del Fisco, el beneficiario de un seguro de vida,

El juez competente:

En la última parte del artículo, el Código incluye un agregado de contenido procesal al establecer que el juez/a competente para conocer en los procesos por ausencia con presunción de fallecimiento son los correspondientes al domicilio del ausente. Si bien la norma no lo aclara expresamente, conforme las reglas procesales, se trata del último domicilio del ausente. La norma tiene fundamento en el hecho de que es el tribunal de ese lugar el que se encuentra mejor situado para indagar en las circunstancias de su desaparición, como también que suele ser en ese lugar donde se localizan los bienes de esa persona, lo cual facilita las medidas que se adopten.

Procedimiento. Curador a los bienes

El juez debe nombrar defensor al ausente o dar intervención al defensor oficial, y citar a aquél por edictos una vez por mes durante seis meses. También debe designar un curador a sus bienes, si no hay mandatario con poderes suficientes, o si por cualquier causa aquél no desempeña correctamente el mandato. La declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni suple la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente.

El Código establece un procedimiento para intentar hallar a la persona ausente. A esos fines, una vez iniciado el proceso, el juez/a deberá necesariamente designar un defensor de la lista de abogados o dar intervención al defensor/a oficial que corresponda, quienes cumplen el rol de representar los intereses del ausente hasta la declaración de fallecimiento. No surge expresamente de la norma que hubiese orden de preferencia en la designación de un defensor para el caso o del defensor oficial, por lo que quedaría librado a criterio del magistrado. La citación por edictos debe realizarse una vez por mes durante seis meses. La publicación debe efectuarse con el apercibimiento de declararse presumido el fallecimiento, si el ausente no se presenta.

Como puede observarse, el Código prevé un procedimiento similar al de las ausencias simples, sin embargo, presenta algunas notas distintivas.

En forma expresa, el Código establece que la declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni suple la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente. Se trata de dos procedimientos autónomos, aunque resulten conexos entre sí, por lo que de empalmarse ambos, tramitarían ante un mismo juzgado. Es decir, la simple ausencia no es un paso previo a la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento. Más aún, ni siquiera reemplaza la comprobación de las medidas destinadas a hallar al ausente.

Declaración del fallecimiento presunto

Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez debe declarar el fallecimiento presunto si están acreditados los extremos legales, fijar el día presuntivo del fallecimiento y disponer la inscripción de la sentencia.

Es necesaria la realización de diligencias conducentes a conocer el paradero del causante y la acreditación suficiente de esa circunstancia ante el juez, como consecuencia de la trascendencia de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento de la persona. Si bien el Código no lo menciona expresamente, cabe razonablemente inferir que el plazo de seis meses es el previsto para la publicación de edictos. En ese lapso deberán producirse los medios de prueba ordenados, que una vez aportados deben ser controlados por la defensora. La sentencia, además de declarar la ausencia, debe determinar el día presuntivo del fallecimiento. A su vez, el art. 90 dispone que también deba fijarse, si fuese posible, la hora presuntiva de la muerte. La sentencia tiene, por lo tanto, efectos retroactivos al día y la hora indicados como presuntivos del fallecimiento, produciendo los efectos personales y patrimoniales desde ese momento.

Según establece el art. 435 CCyC, una vez que el juez firme la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento se produce la disolución del matrimonio, equiparándolo con la muerte de uno de los cónyuges. En este aspecto, el Código se aparta del régimen anterior, por el cual la sentencia también habilitaba a contraer nuevas nupcias, pero la disolución del matrimonio solo se producía en caso de que efectivamente se contrajeran nuevas nupcias. Por otro lado, según dispone expresamente el art. 702 CCyC, el ejercicio de la responsabilidad parental es causal de suspensión. Consecuentemente, si el ausente tuviera hijos menores de edad, la responsabilidad parental quedará a cargo del otro progenitor. En la esfera patrimonial, la sentencia habilita la apertura de la sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley, según lo dispone el art. 2277 CCyC. En este aspecto, los efectos de la ausencia con presunción de fallecimiento no resultan idénticos a los de la muerte probada, sino que presentan algunas características propias como la formación de un inventario y la prenotación de los bienes inmuebles y muebles registrables.

A los fines de su publicidad para terceras personas, el juez debe ordenar la inscripción de la sentencia mediante oficio judicial en el correspondiente Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento tiene efectos respecto de las demás personas, incluidas todas aquellas que no hayan participado en el proceso (erga omnes). Sin embargo, cabe destacar que la sentencia no causa cosa juzgada material respecto de la muerte del ausente, por lo que puede ser modificado si se prueba lo contrario. Obviamente, la presunción concluye en caso de reaparición del ausente.

Día presuntivo del fallecimiento

Debe fijarse como día presuntivo del fallecimiento:

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.

Entrega de los bienes. Inventario

Los herederos y los legatarios deben recibir los bienes del declarado presuntamente fallecido, previa formación de inventario. El dominio debe inscribirse en el registro correspondiente con la prenotación del caso; puede hacerse la partición de los bienes, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial.

Si entregados los bienes se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento, procediéndose a la devolución de aquéllos a petición del interesado.

La prenotación consiste en la anotación marginal en el folio del registro correspondiente al bien inmueble o mueble registrable de que el transmitente es una persona que ha sido declarada ausente con presunción de fallecimiento. Los sucesores del ausente declarado son titulares de un dominio que es revocable ante la reaparición del ausente o por la existencia de noticias de aquel. Por ello, el dominio así inscripto es un dominio imperfecto. Desde la fecha de ese registro comienza a computarse un plazo de cinco años o hasta que el presunto ausente cumpliese 80 años (art. 92 CCyC), durante el cual no podrá enajenarse ni gravarse, sin la previa autorización judicial.

Conclusión de la prenotación

La prenotación queda sin efecto transcurridos cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona. Desde ese momento puede disponerse libremente de los bienes. Si el ausente reaparece puede 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.