

Informe de Investigación

Título: Declaratoria de ausencia y muerte

Rama del Derecho: Derecho Civil.	Descriptor: Personas.
Palabras clave: Domicilio, Ausencia, Muerte presunta, Representante del ausente, Efectos, Fallecimiento de las personas.	
Fuentes: Doctrina, Normativa.	Fecha de elaboración: 04 – 2012.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a) Domicilio, Ausencia y Fallecimiento de las Personas.....	2
I. El domicilio y la residencia	2
II. Unidad o pluralidad de domicilios.....	3
III. Clases de domicilios.....	3
IV. Renuncia al domicilio.....	4
V. La ausencia.....	4
VII. La muerte como causa extintiva de la capacidad civil.....	8
b) La ausencia legal.....	11
A) El representante del ausente.....	12
B) Adquisición de derechos. La sucesión a que ha sido llamado un ausente.....	14
C) Efectos en la esfera familiar.....	15
D) Fin de la ausencia legal.....	15
LA AUSENCIA Y EL REGISTRO CIVIL.....	16
c) Ausencia.....	16
Desaparición.....	16
Declaración de Ausencia.....	19
Fin de la persona.....	27
Muerte.....	27
Declaración de muerte presunta.....	29
3 Normativa	33
Declaración de ausencia y sus efectos.....	33
Presunción de muerte y sus efectos.....	34

1 Resumen

El presente informe trata el tema de la declaratoria de ausencia, desde la doctrina, citando doctrina española, costarricense y peruana sobre el tratamiento que se le da a la ausencia y posterior declaratoria de muerte de las personas. También se citan los artículos del Código Civil de Costa Rica, que tratan sobre el tema, los artículos del 71 al 79 (Título IV, de la Ausencia, en los Capítulos II y III).

2 Doctrina

a) Domicilio, Ausencia y Fallecimiento de las Personas

[Calatayud]¹

I. El domicilio y la residencia

A. El domicilio

La palabra domicilio procede etimológicamente del latín domus, casa, y colere, habitar, y designa el lugar donde uno reside habitualmente, «siendo el concepto de domicilio fundamental para el derecho porque el ser humano necesita un determinado lugar para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones» —como ponen de manifiesto DÍEZ-PICAZO y GULLÓN—, quienes siguen expresando que «sin ese elemento que es el domicilio, que sitúa al hombre en el espacio, que lo relaciona con un local (localizándolo), las relaciones jurídicas serían especialmente precarias. De ahí que la generalidad de la doctrina afirme que el domicilio es la sede jurídica de la persona».

El concepto de domicilio es tanto jurídico como práctico, y la mayor parte de las veces coincide la residencia habitual con el domicilio de una persona, pero puede no suceder así: El menor de edad tiene el domicilio de sus padres, aunque resida en otra parte, por razón de sus estudios. Pero, en realidad, se trata de la residencia que se considera tiene la persona a los ojos de la ley para el ejercicio de ciertos derechos o la realización de ciertos actos.

B. Residencia

La residencia es la permanencia, más o menos continuada, de un sujeto en un lugar determinado. Ante ello, se puede advertir una cierta sinonimia entre "domicilio" y "residencia"; pero si la residencia es habitual, se tiene entonces como domicilio. La mera residencia o la permanencia accidental son relaciones materiales con un lugar, pues una persona puede residir temporalmente en determinado sitio, mientras que su domicilio se encuentra en otro.

Junto al hecho material de la residencia -del vivir en un lugar- se necesita para fijar el domicilio una

cierta voluntad, una cierta intención, un elemento espiritual en suma. Los autores antes citados, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, exponen que: «La voluntad o animus exigido para constituir domicilio no es simplemente una intención subjetiva. Es una voluntad exteriorizada, objetivada, que debe resultar de las circunstancias de aquel vivir».

«En otras palabras -siguen expresando-, debe plasmarse en una conducta significativa de que se reside habitualmente. Por tanto, el requisito del animus, como voluntad de permanecer establemente en el lugar, en realidad se reduce a una interpretación del modo de vivir o habitar», con lo cual se puede colegir la distinción entre domicilio y residencia.

De todo lo anterior VALVERDE obtiene la deducción de «que no se concibe persona sin domicilio, como no es fácil concebir el individuo sin nacionalidad, pues si por el género de vida de algunos o por encontrarse en circunstancias excepcionales, no puede fijarse en un momento determinado el domicilio, el derecho le otorga el que tuviera anteriormente conocido, pues del domicilio arrancan determinados derechos, mejor, el ejercicio de ellos, y por esta razón la ley no puede consentir la existencia de personas que no lo tengan».

II. Unidad o pluralidad de domicilios

En Alemania, por ejemplo, una persona puede tener varios domicilios, mientras que el Derecho francés no admite más que uno. A este respecto, el artículo 60 del Código Civil de Costa Rica habla de sede principal, es decir, se inspira en el concepto francés de unidad de domicilio: nadie puede tener más que un domicilio en sentido jurídico. En el supuesto de que alguna persona no ostente una residencia permanente (imaginemos a unos artistas circenses o a los llamados "polacos"), el mismo citado precepto resuelve la cuestión disponiendo que, a falta de lugar para esa "sede principal de sus negocios e intereses", lo será aquel donde se encuentre la persona.

No obstante, la determinación no es absoluta, pues en el artículo 24 del Código Procesal Civil queda admitida la posible pluralidad, ya que a efectos de fijar la competencia del juez para el conocimiento de demandas en que se ejerciten pretensiones personales o reales sobre bienes muebles, lo será, en primer término, el del domicilio del demandado, pero "si tuviere más de un domicilio, será competente el juez de cualquiera de ellos".

III. Clases de domicilios

Podemos clasificar el domicilio en voluntario o real, legal o necesario y de libre elección o convencional.

1. Domicilio voluntario o real

También se le puede llamar domicilio civil y será el lugar de la residencia habitual de una persona, que se determinará por los actos de aquella y atribuido en los términos a que se hace referencia en el ya citado artículo 60 del Código Civil.

2. Domicilio legal o necesario

Igualmente se podría denominar forzoso y que se establece:

- Bien por la persona de quien se depende.
- Bien por las circunstancias de la dependencia.

- Bien por la situación del caudal relicto en caso de sucesión.

El artículo 64 del Código Civil determina que los menores y los mayores en cùratela tendrán por domicilio el de sus representantes legales. Por su parte, el artículo 65 dispone que las personas recluidas en un establecimiento carcelario, correccional o de otra índole tengan por domicilio el de dicho establecimiento mientras ahí permanezcan. Por fin, se establece como obligatorio el domicilio de la sucesión de una persona el último que esta tuvo o, en su defecto, el lugar donde se encontraran la mayoría de los bienes (artículo 66).

3. Domicilio de libre elección o domicilio convencional

Es el que determinan los interesados para el cumplimiento de una obligación, artículo 778 del Código Civil, el cual establece que: "El pago debe hacerse en el lugar designado expresa ó implícitamente en el título de la obligación; en defecto de designación, en el domicilio del deudor al contraerse la deuda, a menos que la obligación tenga por objeto una cosa determinada, pues entonces se hará el pago en el lugar en que ella se encontraba al firmarse la obligación".

En el artículo 63 del mismo Código viene autorizada -bajo la rùbrica de domicilios especiales- la designación, a través de un acto jurídico, de un domicilio distinto del habitual para la ejecución de lo que sea objeto del convenio. El señalamiento de tal domicilio surge de la voluntad de las partes a través del convenio y, según requiere dicho artículo 63, deberá efectuarse bajo los siguientes requisitos:

- La elección del domicilio especial debe hacerse personalmente, sin que esté permitido que lo efectúe un tercero. Con ello se elimina la posibilidad de la renuncia por representación voluntaria.

- Debe constar en documento público autorizado por notario. Sin embargo, puede realizarse en documento privado, en cuyo caso este deberá ser reconocido judicialmente.

BRENES CÓRDOBA afirma que «se entiende que la elección de un domicilio especial únicamente vale entre las partes contratantes careciendo por lo mismo de alcance en cuanto a terceros, aún en el supuesto de que en el Registro Público conste el convenio habido al respecto».

IV. Renuncia al domicilio

De la redacción del segundo párrafo del artículo 63 del Código Civil se infiere la posibilidad de renunciar al domicilio. Ahora bien, si no se fija el lugar, es decir, si solo consta la mera renuncia, quien tenga que accionar únicamente queda autorizado para hacerlo ante el juez del domicilio que tenía el renunciante cuando se celebró el contrato o en el suyo propio.

Sobre esta cuestión, PÉREZ VARGAS entiende que «no quiere ello decir, consecuentemente, que la renuncia a domicilio signifique que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación en cualquier lugar». A estos efectos, recuérdense las previsiones contenidas en el ya citado artículo 778 del Código Civil referentes al lugar del pago o cumplimiento de las obligaciones.

V. La ausencia



A. Concepto

La ausencia puede considerarse como un hecho de influencia notoria en la situación jurídica de la persona pues esta en tal situación no puede ejercer sus derechos en el lugar de donde se ausentó, pero es plenamente capaz en el lugar donde se encuentre. De ahí, que la ausencia no constituya una causa modificativa de la capacidad, sino que determina una circunstancia especial que da lugar a una institución supletoria que atiende a las personas, bienes, derechos y obligaciones que quedaron abandonados.

En lenguaje vulgar se llama ausente al que no está presente en algún lugar. En sentido jurídico es ausente el que ha desaparecido de su domicilio sin que se tengan noticias suyas. «En muchas legislaciones -dice LACRUZ BERDEJO- y ante una situación de ausencia del sujeto del Derecho, se combinan los elementos incomunicación e incertidumbre respecto a aquel para dar lugar a la figura de "la ausencia en ignorado paradero". En el pensamiento del legislador ambos elementos son consecuencia de un hecho previo: el desplazamiento y desaparición del sujeto, que cesa de estar localizado y de enviar noticias. El alejamiento, en suma, es origen y símbolo de la ausencia».

«Pero -continúa indicando el autor-, los problemas reales no los plantea, en sí, el alejamiento ya por sí solas, de una parte la incomunicación, y, de otra, la incerciorabilidad de la subsistencia: no la mera incertidumbre sobre la existencia de una persona, porque ésta se da siempre que no está presente, pues puede haber fallecido desde que dejamos de verla. Lo que en la técnica de la ausencia se llama "incertidumbre" es, más exactamente, el hecho de que la subsistencia o el fallecimiento no son, al menos momentáneamente, comprobables».

Tales hipótesis pueden constatarse a través de nuestro Código Civil en varias de sus disposiciones. Así, el artículo 67 plantea el caso de "cuando una persona desaparece del lugar de su domicilio sin dejar apoderado y se ignora su paradero..." el artículo 70, por su parte, nos dice que "en cualquier tiempo después de la desaparición de una persona sin haberse recibido noticias suyas..."; por fin, el artículo 71 indica que "cualquier interesado podrá demandar la declaración de ausencia pasados dos años después del día en que desapareció el ausente sin que se hayan recibido noticias suyas o después de recibidas las últimas..."

«Esta situación de hecho -expone PÉREZ VARGAS- tiene relevancia jurídica pues, dudándose de la misma existencia de un sujeto que es titular de situaciones jurídicas activas o pasivas, el Derecho interviene regulando lo relativo a los intereses de este sujeto y de los demás sujetos jurídicamente relacionados con él, que por el hecho mismo de esa incerteza serían generadores de un estado de inseguridad jurídica que podría poner en peligro los mismos intereses de estos sujetos y los de otros sujetos a ellos ligados».

B. Antecedentes históricos

El Derecho romano no reglamentó la institución de la ausencia aunque se conoció el curator ausenti bonorum²¹⁹ para la administración de los bienes del ausente hasta que se probase la muerte. Los glosadores desarrollaron un sistema de presunciones entendiendo que el ausente debía considerarse muerto cuando hubiera cumplido cien años. Tampoco existió una regulación completa en el Derecho germánico y cuando una persona desaparecía de su domicilio sus bienes se entregaban en posesión a los más próximos parientes. Por la recepción del Derecho romano, se desarrolló un sistema de presunciones, y se redujo a setenta años el plazo de cien. Finalmente, hacia el siglo XVIII, se admitió la presunción de muerte.

Una reglamentación sistemática de la ausencia la encontramos en el Código napoleónico que, como consecuencia del gran número de desaparecidos por las guerras, quiso proteger los bienes

de los ausentes, estableciendo un método basado en el principio de que, cuanto más dura la ausencia, más aumenta la presunción de muerte de una persona, aunque esta presunción no es nunca absoluta.

C. La ausencia en el Código Civil

El Código Civil de Costa Rica distingue tres periodos: 1. Medidas provisionales anteriores a la declaratoria de ausencia (presunción de ausencia). 2. Declaración de la ausencia. 3. Presunción de muerte. Examinaremos a continuación estas tres etapas o, como algunos llaman, "grados" de la institución de la ausencia.

1. - Medidas provisionales ante la presunción de ausencia (artículos 67 a 70 del Código Civil)

Se adoptan cuando una persona ha desaparecido de su domicilio, sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre sus bienes o consta que se encuentra fuera del territorio de la República.

Sin embargo, tienen que ser adoptadas solamente en caso de urgencia y a solicitud de parte interesada o de la Procuraduría General de la República. El resultado será el nombramiento por la autoridad judicial (artículo 262 del Código Procesal Civil) de un curador para la administración de un determinado negocio o para todos, si fuere necesario (artículo 67 del Código Civil).

A estos fines y para la elección de curador, tendrán preferencia: El cónyuge presente (salvo que exista separación de hecho o de Derecho), los herederos presuntivos y los que tengan mayor interés en la conservación de los bienes; a falta de las anteriores personas, el juez designará curador (artículo 68 del Código Civil).

Serán de aplicación a los anteriores supuestos las disposiciones del Código Civil acerca de la curatela en general (artículo 69 en relación con los artículos 230 a 241 del Código de Familia).

El artículo 70 del Código Civil ordena un régimen específico en cuanto a las medidas que el Patronato Nacional de la Infancia puede adoptar en caso de la desaparición de una persona sin haberse recibido noticias suyas respecto a la protección de los hijos menores y ello en cualquier tiempo después de la desaparición. Pasados seis meses desde aquel hecho, deberán proveerse de tutor a los menores (cuando proceda la tutela).

2. - Declaración de la ausencia (artículos 71 a 77 del Código Civil)

Según pasa el tiempo, la incertidumbre sobre la efectiva existencia del ausente aumenta. El Derecho faculta a cualquier interesado para solicitar la declaración cuando transcurren dos años, petición que igualmente es posible en el supuesto de que las últimas noticias se hayan producido desde el mismo lapso de tiempo. Esta es la normativa de carácter general que establece el artículo 71 del Código Civil. Sin embargo, el tiempo aumenta hasta diez años si el ausente dejó alguna persona, con carácter de apoderada general, al frente de la gestión o cuidado de todos o la mayor parte de sus intereses.

Dice PÉREZ VARGAS que «cuando una persona desaparece pero deja un apoderado no se produce un caso de ausencia en sentido técnico-jurídico, pues el hecho de dejar un representante hace suponer que la desaparición es temporal y que el sujeto regresará, por lo que no se produce la incerteza (típica del fenómeno "ausencia") sobre la existencia misma del sujeto». No obstante, el último párrafo del mismo artículo 71 impone al apoderado la obligación de prestar fianza o garantía suficiente de administración, bajo pena de hacer caducar sus poderes, pasados cinco años desde la desaparición del ausente.

Tanto los dos años de espera como los diez en el supuesto de existir apoderado, quedan reducidos a la mitad, es decir, a un año y cinco años, respectivamente, en el supuesto que la última noticia tenida del desaparecido ausente fuese que se encontraba gravemente enfermo o en peligro de muerte, ya que en ese supuesto la probabilidad de la muerte es más cierta, siendo poco práctico alargar más la expectativa de vida.

Los efectos de la declaración vienen determinados en los artículos 72 a 76 del Código Civil, previendo el artículo 77 la posible reaparición o prueba de la existencia del ausente con sus subsiguientes consecuencias, que son, lógicamente, de una parte la cesación de la declaración de ausencia y, de otra, la recuperación de sus bienes en el estado en que se encuentren o el precio de los mismos si hubiera sido enajenados.

3. - Presunción de muerte (artículos 78 y 79 del Código Civil).

Son tres las posibilidades que el artículo 78 establece: 1. Que la ausencia haya continuado durante veinte años después de la desaparición. 2. Que hayan transcurrido diez años desde la declaratoria de ausencia o de las últimas noticias. 3. Que hayan corrido ochenta años desde el nacimiento del ausente.

Estas tres circunstancias llevarán, si así es solicitado por algún interesado, a ser declarada la presunción de muerte por el juez; en este tercer periodo la existencia de la persona es absolutamente incierta lo cual supone la necesidad de dar posesión definitiva de los bienes a los herederos presuntivos del desaparecido ausente sin necesidad de fianza (véase el artículo 72 en cuanto a esta obligación en la segunda etapa), quedando cancelada la garantía prestada durante la posesión provisional.

Y a tenor de lo establecido en el artículo 79 del Código Civil, en el caso de comprobarse el fallecimiento del individuo habido como ausente, al no ser ya una presunción, corresponderá la adjudicación de los bienes, atribuyéndolos a quienes, en el momento de la muerte, ostentasen los oportunos derechos sucesorios. Sobre la posible devolución de bienes o restitución de frutos habrá que estar a lo previsto en el artículo 75 anterior.

La más importante consecuencia o efecto personal de la declaración de presunción de muerte viene establecida en el inciso 6 del artículo 48 del Código de Familia, por ser una de las causas legales para decretar el divorcio. Es decir, el matrimonio queda disuelto por la declaración de presunción de muerte y, según el artículo 51, la reaparición del ausente no revive el vínculo matrimonial disuelto.

Por ello, resulta evidente la procedencia de dejar sin efecto la declaración de fallecimiento si la persona reaparece, pues no olvidemos que aquella declaración se trata simplemente de una presunción de muerte y que, igualmente, deberá decretarse la anulación de la declaración una vez comprobado verazmente el fallecimiento, ya que la presunción desaparece.

Realmente, puede dar la impresión de que esta sistemática que utiliza el Código Civil en el tratamiento de la ausencia, peca de extensa y pormenorizada en extremo. Ello es cierto, pero para entender la institución a que nos referimos se hace necesario que nos situemos en la época histórica en que el Código fue redactado, aprobado y publicado, es decir, en el último cuarto del Siglo XIX, donde una desaparición, un viaje, una ausencia, revestían unas connotaciones totalmente distintas a las que pudieran resultar de la vida actual.

Además, es preciso tener en cuenta que nuestra Ley sustantiva civil parte de los mismos planteamientos del Código de Napoleón, en donde se distinguían los tres periodos señalados, y aunque en algún momento se haya criticado la demasiada particularización de aquellos, lo cierto es que muchos autores entienden este planteamiento como adecuado por lo que supone de respeto



hacia los derechos de la persona.

VII. La muerte como causa extintiva de la capacidad civil

A. Generalidades

Si bien en el curso de la vida de la persona física pueden darse, en cuanto a su capacidad jurídica, limitaciones o modificaciones de mayor o menor importancia, ello tiene un carácter transitorio y parcial nada más: solo la muerte produce la total extinción de la personalidad, de modo que cuando ella sobreviene, el ser humano cesa enteramente como sujeto activo y pasivo de derechos.

Termina la existencia de las personas por su muerte (artículo 34 del Código Civil). Desde un punto de vista simplista, la muerte puede definirse como el fin de la vida. Según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra muerte deriva del latín moris, mortis, entendiéndose como la cesación o término de la vida, y considerada en el pensamiento tradicional, como la separación del cuerpo y del alma. El mismo texto indica que la palabra, muerto o muerta, derivada del latín mortuus, significa "que está sin vida" cuando se aplica a las personas.

B. La muerte en sus aspectos científicos

La vida depende del funcionamiento de los sistemas circulatorio, respiratorio y nervioso central, conocido como el trípode de la vida, los cuales mantienen el ciclo del oxígeno. El último objetivo del impulso vital es la oxigenación de los tejidos. Existen diferentes puntos de vista para clasificar los tipos de muerte:

1.- Desde el punto de vista anatómico, hay muerte somática y muerte celular.

- Muerte somática: Es la detención irreversible y conjunta de las funciones vitales del individuo.-
- Muerte celular: Es el cese de la vida en los diferentes grupos celulares que componen el organismo, la cual no se extingue al mismo tiempo en todos los tejidos-

2.- Desde el punto de vista médico-legal, se distingue muerte aparente y muerte verdadera.

- Muerte aparente: Es aquella en que hay inconsciencia e inmovilidad con aparente detención de la circulación y la respiración. Es una condición reversible siempre que con maniobras de resucitación oportunas se torne al individuo a la vida. Si esto no ocurre, la muerte aparente se hace muerte verdadera.
- Muerte verdadera: Es el cese real, irreversible de las funciones vitales. Esta detención no necesariamente es simultánea en la circulación y en la respiración. Sin embargo, cualquiera que sea la secuencia siempre resulta afectado el sistema nervioso central que es muy vulnerable a la falta de oxígeno.

3.- Desde el punto de vista clínico hay estado vegetativo y muerte.

Desde el decenio de los años setenta del Siglo XX, existe, además, una condición intermedia creada por la tecnología médica denominada muerte cerebral o muerte neurológica.

- Estado vegetativo: Por un daño severo del cerebro, la persona queda privada de la actividad mental superior, pero conserva el funcionamiento espontáneo de la respiración y de la circulación.

- Muerte cerebral: Ocurre cuando un individuo privado de actividad mental superior es sometido a medios artificiales para mantener la respiración y la circulación.

Con relación a la muerte neurológica, el artículo 14 de la Ley de Autorización para Transplantar Órganos y Materiales Anatómicos Humanos de Costa Rica, dispone lo siguiente:

"...el dictamen de la muerte neurológica se basará en la constatación y concurrencia, por lo menos durante treinta minutos y en la persistencia de alguno de los siguientes signos:

- a) Ausencia de respuesta cerebral con pérdida absoluta de la conciencia.
- b) Ausencia de respiración espontánea.
- c) Ausencia de reflejos oculocefálicos, con hipotonía muscular y midriasis no reactiva. En todo caso, deberá descartarse la existencia de condiciones como la inducida artificialmente o la administración de fármacos depresores del sistema nervioso central".

Son cuatro los criterios fundamentales para la consideración de la muerte humana:

- La falta total de respuesta a estímulos externos.
- La falta de tono muscular, principalmente respiratorio. En el caso de que el paciente esté conectado a un respirador mecánico, éste puede desconectarse durante tres minutos para que se corrobore si el individuo puede o no respirar por sí mismo.
- El descenso de la presión arterial.
- El electroencefalograma plano.

En ese momento del fallecimiento -dice LACRUZ BERDE-JO284- «desaparece la persona en cuanto tal, con sus atributos y cualidades, cesando de ser el centro de poder y de responsabilidad; se extinguen los derechos y relaciones personalísimos o vitalicios que le competían; y se abre la sucesión de los restantes, transformándose el patrimonio en herencia y el cuerpo de la persona en una cosa: el cadáver».

En consecuencia, tanto la capacidad jurídica -que, como sabemos, es inherente a toda persona durante su existencia, artículo 36 del Código Civil- como la personalidad jurídica -capacidad de actuar, capacidad civil, capacidad de hecho, etc.- se extinguen con la muerte.

B. La muerte: Antecedentes históricos

Hemos dicho que la capacidad jurídica de las personas naturales se extingue con la muerte, pues siendo dicha capacidad un atributo del ser humano, con él ha de existir y desaparecer. En las legislaciones antiguas, otros hechos, además de la muerte, producían la extinción de la personalidad. Así, en el Derecho romano, para tener personalidad jurídica, era preciso reunir los tres elementos: Status libertatis, status civitatis y status familiae.

Faltando cualquiera de ellos, a criterio de la doctrina mayoritaria, tenía lugar la muerte civil, la capitis diminutio²se, en sus tres formas: máxima, media y mínima, aunque algunos sostienen que la muerte civil solamente se producía por la capitis diminutio maxima.

Por el Derecho canónico, los religiosos que hubiesen pronunciado sus votos eran incapaces de derechos patrimoniales, pasando todos sus bienes, así como las adquisiciones posteriores, a la congregación, orden o convento al que pertenecieran. Según el antiguo Derecho germánico, se

castigaban los delitos graves con la muerte civil de la persona, pasando sus bienes al monarca o a la comunidad, extendiéndose este sistema en bastantes legislaciones de la Edad Media.

La muerte civil perduró hasta el siglo XIX, por ejemplo, en Francia hasta 1854, pero ha desaparecido ya en todas las legislaciones. En Costa Rica, el Código General de 1841, en su artículo 14 contenía la siguiente regulación: "La muerte civil, es la condenación á penas cuyo efecto es, privar al condenado de toda participación de los derechos civiles" (sic).

C. Prueba del fallecimiento

El medio ordinario de probar la muerte de una persona es la certificación del Registro Civil. Para obtenerla, se precisa la previa inscripción que, si bien puede obtenerse fácilmente en el caso de ser posible la inspección del cadáver, no sucede lo mismo si la muerte ha sobrevenido en un accidente o siniestro. En estos casos, corresponderá a los tribunales la declaración de fallecimiento que, una vez emitida, se inscribirá en dicho Registro Público.

D. Muerte simultánea

El artículo 35 del Código Civil establece que: "Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, o por cualquier otra causa no fuera posible saber el orden en que han muerto, se presumirá que esas personas han fallecido en un mismo momento".

Sobre este particular, escribe BRENES CÓRDOBA que: «No poco ha dado en qué pensar a los tratadistas y a los legisladores lo que conviene hacer en el caso de los "comurientes", o sea, cuando dos o más personas llamadas a sucederse una a otra y que tienen herederos que no son comunes, perecen en un mismo acontecimiento, verbigracia, un incendio, un naufragio, sin que se sepa cuál dejó de existir antes.

El Código francés dispone que la presunción de supervivencia se determine por las circunstancias del hecho, y en su defecto, por la fuerza de la edad o del sexo. Nuestro Código actual zanja la dificultad declarando que si no puede saberse el orden en que han muerto, se presume que han perecido en el mismo momento. Así, supóngase que marido y mujer perecen ab intestato en un accidente de ferrocarril sin que ninguno de ellos deje ascendientes o descendientes, pero sí, ambos, hermanos legítimos. Como de acuerdo con la ley, los cónyuges son herederos el uno del otro, resultaría que si llega a saberse con seguridad cuál de ellos murió primero, los hermanos del cónyuge premuerto serían privados de toda herencia porque los hermanos del consorte sucederían en la totalidad de los bienes del matrimonio; mas si fuere imposible hacer la determinación precisa de la prioridad de fallecimiento debido a la falta de prueba directa, los hermanos de uno y otro cónyuge recibirán la parte que a su respectivo causante pertenecía al ocurrir el accidente».

E. Efectos jurídicos de la muerte

Al morir un ser humano se extingue la capacidad para crear nuevos derechos, pues los ya creados se transmiten a los sucesores del difunto. Con carácter general se exceptúan los derechos personalísimos que se extinguen con la persona (artículo 521 del Código Civil, con los límites que establece el artículo 535 del mismo texto legal).

Y también existen otras disposiciones en el Código en las que desaparecen ciertos derechos por razón del óbito de una persona. Así, citaremos a título de ejemplo el inciso 1 del artículo 358 en virtud del cual el usufructo concluye "por dejar de existir el usufructuario"; en este caso no se dice

"muerte del usufructuario" porque el precepto establece la hipótesis de un usufructo a favor no solo de una persona física sino también en beneficio de una persona jurídica que, evidentemente, no puede "fallecer" pero sí extinguirse.

Igualmente, el artículo 1242 del mismo texto legal en cuanto establece que una sociedad puede disolverse por la muerte de cualquiera de los socios, menos cuando por ley o por pacto especial haya de continuar entre los socios sobrevivientes, con los herederos del difunto o sin ellos. Por fin, el artículo 1278-5 del Código Civil dispone que el mandato termine por la muerte del mandante o del mandatario.

No obstante, el Derecho de familia costarricense otorga a la muerte de una persona fallecida ciertos efectos jurídicos y en este sentido, el artículo 84 del Código de Familia permite el reconocimiento de la paternidad de los hijos muertos, con la correspondiente asignación de un apellido y la legitimación de los descendientes del muerto a efectos hereditarios.

b) La ausencia legal

[Diez-Picazo]²

La situación de ausencia legal de una persona presupone una declaración judicial que así lo establezca, resultado de un procedimiento que se sigue al efecto.

Durante el transcurso de aquel procedimiento subsistirá la figura del defensor, si se ha acudido previamente a su nombramiento, y las medidas que se hayan tomado durante la situación de desaparición de la persona, a no ser que se considere conveniente modificarlas. Caso contrario, podrá el juez acordarlo o acordar aquéllas con carácter provisional (art. 2.040 L.E.C.).

La declaración judicial de ausencia legal exige la concurrencia de determinados requisitos.

En primer lugar, el cumplimiento de los plazos del artículo 183, que son:

1. Transcurso de un año desde las últimas noticias de la persona o a falta de éstas desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes.
2. Transcurso de tres años (desde aquellos momentos) si hubiese dejado encomendada la administración de todos sus bienes a un apoderado.

No creemos, sin embargo, que obste al juego de los plazos el que la persona haya nombrado varios apoderados cuya suma de facultades significa que todo su patrimonio esté administrado.

La extinción del apoderamiento antes de esos tres años constituye presupuesto legal para solicitar la declaración judicial, si al producirse aquélla se ignorase el paradero del desaparecido y hubiere transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias y, en su defecto, desde su desaparición (art. 183, p. 2.º).

La declaración judicial ha de ser solicitada por las personas obligadas a ello o por las personas interesadas. Los obligados son indistintamente el cónyuge del ausente no separado legalmente, y los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado (art. 182, p. 1) Los interesados son los que racionalmente estimen «tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte» (art. 182, p. 2.º). El Ministerio Fiscal estará siempre obligado, bien de oficio o a virtud de denuncia (art. 182, p. 1)

El expediente judicial tiende a que el juez adquiera el convencimiento de la procedencia o improcedencia de la declaración. Es requisito indispensable la publicidad de la incoación del expediente mediante dos edictos, que con intervalo de quince días se publicarán en el Boletín Oficial del Estado, en un periódico de gran circulación de Madrid y en otro de la capital de la provincia en que el ausente hubiere tenido su última residencia o, en su defecto, el último domicilio; además, se anunciará por Radio Nacional dos veces y con el mismo intervalo de quince días. El Juzgado podrá acordar también otros medios para que la publicidad sea aún mayor (art. 2.038 L.E.C.).

Si por resultancia del expediente procediera, el Juzgado dictará auto de declaración de ausencia legal.

A) El representante del ausente

La declaración de ausencia legal no tiene como misión abrir la sucesión mor-tis causa del ausente, sino básicamente la protección y defensa de su patrimonio. Por ello, la medida a adoptar consiste en el nombramiento de un representante, que se encargará de la conservación y administración del mismo. Sus funciones y obligaciones generales son (arts. 184, 185, p. 1.º, C.c.):

- 1.º La representación del declarado ausente.
- 2.º La pesquisa de su persona.
- 3.º La protección y administración de sus bienes. Ha de conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de él los rendimientos normales de que fuera susceptible. Por otra parte, ha de ajustarse en esa administración a las normas del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 4.º El cumplimiento de sus obligaciones (del ausente).

El título justificativo de su cualidad se le otorga por el Juzgado, una vez que haya cumplido su obligación de inventariar los bienes muebles y descripción de los inmuebles, que habrá de practicarse judicialmente y con intervención del Ministerio Fiscal. Pero su nombramiento se efectúa en el auto de declaración de ausencia (art. 185, p. 1.º, C.c.; arts. 2.039 y 2.045 L.E.C.).

Este nombramiento recaerá en una de las personas designadas en el artículo 184 del Código civil. Sólo a falta de ellas el juez nombrará a persona solvente y de buenos antecedentes, oído el Ministerio Fiscal. Aquéllos son representantes legítimos, y éste, representante dativo.

La distinción entre ambas clases de representante es importante, por cuanto que los derechos y obligaciones de ambos tipos difieren, incluso dentro del grupo de representantes legítimos. El hermano del ausente, caso de ser representante, es tratado en ocasiones como un representante dativo.

a) Representantes legítimos.—Los derechos y obligaciones específicos de tales representantes son:

1. Tienen las más amplias facultades para la administración de los bienes del ausente sin necesidad de rendir cuentas al Juzgado, a menos que éste aprecie circunstancias singulares que aconsejen imponer alguna limitación (art. 2.046, p. 1L.E.C.). También quedan exceptuados de la obligación de prestar fianza de su gestión (art. 185, p. 1." C.c.).

El hermano, en cambio, se considera como un representante dativo a estos efectos. A él no le alcanzan estas normas de privilegio.

2.º Tienen la posesión temporal de los bienes del ausente (art. 186 C.c.). Este término, de importación francesa, no implica en modo alguno que el representante legítimo tenga poderes sobre el patrimonio para actuar en su propio provecho. En todo caso ha de atender el interés del ausente, nunca al suyo propio.

3.º Tienen derecho a los productos líquidos del patrimonio en la cuantía que el juez señale, habida consideración de su activo (frutos, rentas, aprovechamientos) y de su pasivo (obligaciones alimenticias en su más amplio sentido respecto del cónyuge e hijos del ausente; afecciones y deudas que pesan sobre el patrimonio, como las derivadas de su propia conservación y administración) y de los cuidados y atenciones que la representación requiera (art. 186, p. 1.º, C.c.).

Las expresiones subrayadas indican que el representante recibe una remuneración por su trabajo, fijada discrecionalmente por la autoridad judicial, pero en base a las circunstancias anteriormente detalladas.

Cuando el representante legítimo es un hermano, «en ningún caso podrá retener más de los dos tercios de los productos líquidos, reservándose el tercio restante para el ausente o, en su caso, para sus herederos o causahabientes» (art. 186, p. 2.º). Éste es el techo que no sobrepasará el juez en la concreción de la remuneración del hermano.

4.º Respecto de los negocios dispositivos sobre bienes del ausente, siempre a título oneroso, se exige la autorización judicial y la necesidad o utilidad evidente de los mismos. En tal sentido el artículo 186, in fine: «Los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el juez, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida.»

Esta disposición hay que interpretarla en el sentido de que se prohíbe al representante disponer del capital, pero no el de realizar actos de disposición que entren en las facultades de un buen administrador (venta de cosechas, p. ej.).

5.º Se deben aplicar al representante legítimo las causas de inhabilitación (para serlo), excusa (para no desempeñar el cargo) y remoción de los tutores (art. 185, p. 2.º, por analogía). No se ve ninguna razón para que los familiares estén obligados inexorablemente a ser representados del ausente.

b) Representantes dativos.—La extensión de los derechos y obligaciones del representante dativo es la siguiente:

1.º Ha de prestar la fianza que el juez fije prudentemente (art. 185, p. 1.º, C.c.; art. 2.046, p. 2.º, L.E.C.).

2.º En la administración del patrimonio del ausente está sometido al control de la autoridad judicial (necesidad de licencia), aunque ésta fijará la cuantía a que pueden ascender los actos de administración que pueda ejecutar sin licencia judicial (art. 2.046, p. 3.º, L.E.C.).

Tendrá obligación de rendir cuentas semestralmente al Juzgado. Si del examen de éstas, con intervención del Ministerio Fiscal, no resultare, en opinión del juez, procedente la aprobación, el representante podrá ser relevado de su cargo y nombrado otro en su sustitución, sin perjuicio de las responsabilidades en que haya podido incurrir (art. 2.046, p. 2.º, L.E.C.).

3.º Son aplicables al ejercicio de la representación dativa las normas sobre el ejercicio de la tutela (art. 185, p. 2.º, C.c.).

4.º Se le aplican las causas de inhabilidad, excusa y remoción de tutores con la consiguiente adaptación (art. 185, p. 2.º)- Por analogía, debe de tener derecho a una remuneración análoga a la del tutor (art. 274), por lo que no bajará del 4 ni excederá del 20 por 100 de los productos líquidos del patrimonio.

B) Adquisición de derechos. La sucesión a que ha sido llamado un ausente

El artículo 190 del Código civil dispone que «para reclamar un derecho en nombre de persona constituida en ausencia, es preciso probar que esta persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo», precepto

que es coherente con el articulado relativo a la ausencia, puesto que su declaración legal abre una incertidumbre sobre la vida de la persona, y no presenta ninguna especialidad sino que es una aplicación del régimen general de la carga de la prueba; el demandante o reclamante del derecho ha de probar la existencia cuando ello sea un elemento constitutivo del supuesto de hecho que produce como efecto una adquisición para él.

Un caso particular es el de la herencia o sucesión a la que estuviera llamado un ausente, y cuya apertura tiene lugar después de haberse creado la situación de incertidumbre o duda sobre su vida, es decir, después de la declaración de ausencia. Siendo necesario que el llamado sobreviva al causante de la herencia, es obvio que aquí, al no probarse la existencia del ausente, no se puede adquirir nada para su patrimonio. Pero la misma incertidumbre de la que hemos hablado se proyecta sobre la titularidad de los bienes que pudiera aquél haber adquirido, y que se confiere a otro. El artículo 192 dice que «acrecerá la parte de éste [del ausente] a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla», lo que significa que aquella parte sigue las normas del Derecho sucesorio en cuanto a su atribución a otras personas distintas del ausente por no poder éste heredar. Sin embargo, como la incertidumbre sobre la existencia del mismo se proyecta sobre la titularidad a que ha sido llamado otro en defecto del ausente, el que la adquiere se encuentra obligado a reserva. Según el artículo 191, estará obligado a hacer inventario de los bienes, con intervención del Ministerio Fiscal, «los cuales se reservarán hasta la declaración de fallecimiento», aunque cabe extender el supuesto de extinción de la reserva para comprender todos aquellos que ponen fin a la situación de ausencia legal. En la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles adquiridos se expresará la circunstancia de quedar sujetos a la reserva (vid. art. 192, in fine)*.

Ahora bien, el hecho de que la titularidad sobre los bienes que correspondería al ausente pase a otras personas no significa que aquél carezca ya de toda facultad para recobrar los que debía de

haber heredado cuando se presente, o sus herederos cuando se pruebe que existía al tiempo de abrirse la sucesión habiendo fallecido después, salvo que los terceros contra los que se dirijan los hayan adquirido por usucapión. De ahí que el artículo 192 diga que «lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes».

C) Efectos en la esfera familiar

La declaración de ausencia legal determina que la patria potestad será ejercida exclusivamente por el cónyuge del declarado ausente (art. 156, p. 4.º).

Este cónyuge necesitará la licencia judicial para la realización de actos de administración y de disposición sobre bienes gananciales para los que se requiere el consentimiento de ambos cónyuges (arts. 1.376 y 1.377). No obstante, si él es el representante del ausente, se le transfiere ex lege la administración y disposición de los gananciales, y si no lo es, puede pedir judicialmente esa transferencia (art. 1.387 y 1.388). Cabe también que judicialmente solicite la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.393.1.º).

Como la ausencia implica un cese efectivo de convivencia conyugal, es causa de divorcio al transcurrir dos años desde la declaración [art. 86.3.º a)]. También es causa de separación legal (art. 82.7.º).

D) Fin de la ausencia legal

Termina la situación de ausencia legal:

1.º Por presentarse el ausente o tenerse noticias de su existencia en paradero conocido. Mediante el procedimiento regulado en el artículo 2.043 L.E.C., que tiene por objeto la prueba de su identidad, se dicta auto por el Juzgado dejando sin efecto el de la declaración de ausencia.

El auto produce como efecto inmediato el cese de la representación del ausente, «debiendo restituirsele su patrimonio, pero no los frutos percibidos, salvo mala fe interviniente, en cuyo caso la restitución comprenderá también los frutos percibidos y los debidos percibir, a contar del día en que aquélla se produjo, según la declaración judicial» (art. 187, p. 2.º, C.c.). Es de mala fe el representante que conoce la existencia del ausente o impide toda pesquisa sobre su persona.

2.º Por la muerte del ausente. Si en el transcurso de la representación del ausente se prueba su muerte, dice el artículo 188 C.c. que se abrirá su sucesión, debiendo el representante hacerles a los herederos entrega del patrimonio. Creemos que debe regir la regla relativo a la entrega de los frutos que haya percibido y los debidos percibir cuando hay mala fe.

3.º Por la declaración de fallecimiento, de la que nos ocuparemos al tratar de la muerte de la persona como causa de extinción de la personalidad.

En cualquier caso de terminación de la situación de ausencia legal, el representante ha de rendir cuentas de su gestión al frente del patrimonio precisamente por esa cualidad de gestor de intereses ajenos. Incurrirá en responsabilidad si incumplió la obligación de defenderlo y obtener de sus bienes los rendimientos de que fuera susceptible que le impone el párrafo 1.º del artículo 185, o si actuó dolosa o negligentemente en la administración.



LA AUSENCIA Y EL REGISTRO CIVIL

Las declaraciones de ausencia se inscriben en el Registro Civil al margen de la inscripción de nacimiento (art. 46 L.R.C.). El nombramiento de representante se inscribe en el Registro del lugar en que se haya declarado la ausencia y la del defensor del desaparecido en el lugar en que se constituyó la defensa (art. 89 L.R.C.)⁵. Se anota en el Registro Civil lo que antes era el contenido del Registro Central de Ausentes (incorporado hoy al Registro Civil) según el artículo 198 del Código civil.

Habida cuenta de la regulación procesal de la ausencia, posterior a la Ley que reformó el Código civil en esta materia, hemos de interpretar que se anotan:

- a) La existencia de inventario de muebles y descripción de bienes inmuebles que ha de hacerse judicialmente con intervención del Ministerio Fiscal (art. 290.1.º R.R.C.; arts. 2.037 y 2.045 L.E.C.).
- b) El lugar, fecha, otorgantes y notario autorizante de las escrituras de transmisiones y gravámenes que con licencia judicial efectúe el representante del ausente, con mención circunstanciada del auto de concesión (art. 290.1.º R.R.C.; art. 198.5.º C.c.).

Están obligados a promover las anotaciones el defensor del desaparecido, el representante del ausente y el Ministerio Fiscal, al que deben comunicarle los hechos anotados las autoridades y funcionarios a quienes consten por razón de sus cargos (art. 291 R.R.C.).

El encargado del Registro Civil examinará anualmente los asientos vigentes, y dará cuenta al Ministerio Fiscal de lo que juzgue conveniente a la mejor defensa de los intereses de la representación (art. 91 L.R.C.).

c) Ausencia

[Fernández]³

Desaparición

GENERALIDADES.- El Título Sexto, a través de catorce artículos distribuidos en dos Secciones, regula la ausencia. La materia es novedosa en cuanto se introduce en esta parte del Código, de modo sistemático, un conjunto coherente de normas que resuelven, en atención a la realidad de la vida, las múltiples situaciones y relaciones jurídicas que se producen a partir de la desaparición de una persona.

En algunos aspectos, al lado de la experiencia comunitaria peruana, se ha tomado en cuenta, parcialmente, los aportes del Código Civil italiano de 1942, del Ante-Proyecto de Código brasileño de 1963 y del Código Civil portugués de 1967. Sin embargo, el Título Sexto responde, en alguna medida, a una inspiración nativa.



Apenas unas cuantas normas en nuestro ordenamiento jurídico, desperdigadas en los Códigos Civil de 1936 y de Procedimientos Civiles, se referían, sin mayor desarrollo, a las relaciones de conducta inherentes a la desaparición y a la ausencia de la persona.

El Código Civil distingue la situación del simple "desaparecido" de aquella persona que, mediante resolución judicial, adquiere la calidad jurídica de "ausente". Su tratamiento y efectos difieren de los que el Código de 1936 reservaba, en el inciso 4 del artículo 9, al incapaz absoluto de ejercicio.

Es dable advertir que, a diferencia de otros códigos civiles, como es el caso del italiano de 1942, el Título Sexto no regula la muerte presunta, ya que se conceptúa que este evento debe ubicarse, por razón sistemática, dentro del Título Séptimo que se refiere, precisamente, al fin de la persona.

"ARTÍCULO 47.- Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y se carece de noticias sobre su paradero, el juez de primera instancia del último domicilio o del lugar donde se encuentren sus bienes puede proceder, a petición de parte interesada o del Ministerio Público, a la designación de curador interino.

No procede tal designación si el desaparecido tiene mandatario con facultades suficientes"(*).

El artículo 47 establece que para considerar a una persona en la condición de desaparecido se requiere que ella no se encuentre en el lugar de su domicilio y que, simultáneamente, se carezca de noticias sobre su paradero. En esta eventualidad, que se caracteriza por ser una situación de hecho, el juez del último domicilio del desaparecido o el del lugar en que se encuentren sus bienes, es competente para proveer a la designación de un curador interino, salvo que el desaparecido tenga representante con facultades suficientes.

La desaparición, tal como nítidamente lo expresa el artículo 47, es una situación de facto que surge por la necesaria y contemporánea presencia de dos notas que tipifican la situación del desaparecido. La primera se refiere al hecho que la persona no se halla en su domicilio. Pero, ello no es suficiente. Se requiere, además, que no se sepa dónde se encuentra, que no exista ninguna información sobre su paradero. Sin embargo, la desaparición no se configura si la persona tiene representante con facultades suficientes. La desaparición es el antecedente de hecho de la declaración judicial de ausencia, la que puede ocurrir si han transcurrido dos años de haberse producido tal evento. La desaparición sólo da lugar al nombramiento de un curador interino.

Existe interés social en cuidar del patrimonio del desaparecido y velar por sus derechos mientras se define su situación jurídica. Por ello, no sólo quien tenga legítimo interés sino cualquier persona o el Ministerio Público pueden solicitar al juez competente la designación de un curador interino. Cabe también que el Ministerio Público actúe de oficio. Empero, carece de objeto la designación de un curador interino si es que el desaparecido cuenta con representante premunido de facultades suficientes para la debida protección y administración de sus bienes. En esta hipótesis, si los alcances del poder lo permite y el representante no tiene limitaciones o restricciones para el ejercicio de su cargo, resulta innecesario el nombramiento de curador interino para realizar similar tarea.

El artículo bajo comentario está en concordancia con el numeral 597 ubicado en el Libro de Derecho de Familia. Debe tenerse también presente lo dispuesto en los artículos 569 y 573 en cuanto a las personas que pueden asumir la calidad de curadores interinos.

* Este artículo ha sufrido modificaciones de carácter procesal por lo que, al final de su comentario, se inserta el texto modificado con una nota explicativa.

El presente artículo reconoce como antecedente legal el artículo 48 del Código Civil italiano.

El Decreto Legislativo N° 310, de 12 de noviembre de 1984, establece en su Capítulo III las reglas procesales relacionadas con la aplicación del artículo 47. El artículo 4 del mencionado Decreto Legislativo indica que la solicitud para el nombramiento de curador interino se notificará, mediante avisos judiciales, a la persona presuntamente desaparecida, así como al cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos y "mandatario", si existieren y cuyos domicilios fueren conocidos. Transcurridos diez días desde la publicación del último aviso, de no presentarse ninguna de las personas antes señaladas o no existiere oposición, el juez designará curador interino en el plazo de cinco días. La resolución judicial se notificará en la forma antes citada. Contra la resolución procede únicamente recurso de apelación.

Los avisos judiciales mencionados en el párrafo precedente se publicarán por tres veces interdiarias, con observancia de los artículos 153 y 164 del Código de Procedimientos Civiles.

Artículo vigente:

"ARTÍCULO 47.- Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, puede solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso. No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público".

En lo que se contrae al artículo bajo comentario, somos del parecer que el legislador en materia procesal modificó una situación ajena a su materia en cuanto introdujo un plazo de sesenta días para la designación de curador interino y desarrolló el genérico pero comprensible concepto de "parte interesada" al señalar que se trata de familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad y de quienes invoquen legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido.

Oportunamente, los profesores Max Arias Schreiber, Manuel de la Puente y Lavalle, como el que esto escribe, hicimos conocer a la Comisión encargada de la elaboración del Código Procesal Civil nuestra extrañeza por las modificaciones de carácter no estrictamente procesal introducidas en el Código Civil. Nuestra observación no tuvo acogida.

Consideramos que no es acertada la modificación en cuanto a la introducción de un plazo de sesenta días para solicitar la designación de curador interino. Precisamente, lo que se pretende con tal designación es que no se produzca el abandono de los bienes del desaparecido, situación en la cual podrían desaparecer o deteriorarse. Sobre esta materia remitimos al lector a la desaparición.

En el segundo párrafo, con acierto, se distingue la calidad de representante de la de mandatario según las nuevas disposiciones sobre este tema consignadas en el Código Civil.

La modificación bajo comentario aparece en la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (D. Leg. 768).

"ARTÍCULO 48.- La curatela a que se contrae el artículo 47 se rige por las disposiciones de los artículos 564 a 618, en cuanto sean pertinentes".

El artículo 48, para no incurrir en problemas de orden sistemático, remite a la curatela, regulada en el Libro de Derecho de Familia, todo lo relativo a las reglas a las que estará sujeto el curador interino, a cuyo nombramiento se contrae el artículo anterior.

Corresponde, por tanto, a las normas pertinentes a la curátelela determinar, entre otros aspectos, quiénes son las personas hábiles para desempeñar el cargo y cuáles son sus atribuciones.

Declaración de Ausencia

"ARTICULO 49.- Transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia.

Es competente el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes".

El numeral 49, que se ubica en el Capítulo Segundo del Título Sexto, es el primero de doce artículos dedicados a regular todo lo relacionado con el ausente. A diferencia de la desaparición, que responde a una circunstancia de hecho, la ausencia debe estar precedida de una expresa declaración judicial. En el primer caso, o sea en el de la desaparición, el juez sólo comprueba que la persona no se halla más en el lugar del domicilio y que se carece de noticias en torno a su paradero, así como verifica que no tiene representante con facultades suficientes. La desaparición no se trata, por ende, del caso de alguien que simplemente está lejos, en otro lugar, sino de una persona cuya ubicación es incierta, desconocida. Ello, como se apreció al comentar el artículo 47, da lugar solamente a la designación por el juez de un curador interino encargado de adoptar medidas cautelatorias y urgentes en torno a su patrimonio y a velar por sus intereses, mientras dure la incertidumbre en torno al paradero de la persona del desaparecido.

La ausencia requiere de una expresa declaración judicial que tiene como importante consecuencia la entrega de la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. La declaración de ausencia presupone la previa existencia de dos elementos. De una parte, que se presente el caso de una desaparición, es decir, de una situación de hecho. De la otra, el transcurso del tiempo que, en este caso, es de dos años contados a partir de la última noticia que se tuvo del desaparecido.

La declaración judicial de ausencia, como se ha notado, tiene como efecto que el juez al dictarla otorga la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos, es decir, a las personas indicadas en el artículo 724 del Código. Nos referimos a los hijos y demás descendientes, a los padres y demás ascendientes, y al cónyuge. El patrimonio, en este caso, es manejado normalmente por un administrador común, el que está autorizado, previa la reserva que debe constituirse según lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 51, a distribuir entre los que serían los herederos forzosos del ausente los saldos disponibles de los frutos de sus bienes. El juez, en situación de notoria necesidad o utilidad, puede aun autorizar al administrador judicial a enajenar o gravar los bienes del ausente en la medida de lo indispensable.

Para que medie declaración judicial de ausencia se requiere, según el texto del artículo, el transcurso de dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido. Es un lapso prudente -ni excesivo ni breve— dentro del cual puede ocurrir que se extinga la incertidumbre creada, ya sea con la presencia del desaparecido en el lugar de su domicilio o, al menos, a través de noticias indubitables en cuanto a su existencia y paradero.

Para la declaración de ausencia no es requisito legal previo el que se haya procedido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 del Código, es decir, a la designación de curador interino de los bienes. Basta para el efecto la comprobación del hecho del transcurso de dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido.

El juez del último domicilio del ausente, o el del lugar en que se encuentren sus bienes, es el



competente para proceder a la declaración de ausencia. Cualquier persona que tenga legítimo interés, o el Ministerio Público, pueden solicitar dicho pronunciamiento. La intervención de oficio del Ministerio Público se justifica en la medida que existe un interés social de por medio. A la sociedad jurídicamente organizada compete, a falta de personas que exhiban legítimo interés, el cautelar los derechos y bienes de un miembro de la comunidad que, al haber desaparecido, es considerado judicialmente ausente.

El presente artículo tiene como antecedente el numeral 49 del Código Civil italiano.

El artículo 5 del Decreto Legislativo N° 310, de 12 de noviembre de 1984, señala que la solicitud a la que se contrae el artículo bajo comentario se tramita con observancia de los artículos 1272 y 1283 del Código de Procedimientos Civiles en cuanto sean aplicables.

"ARTÍCULO 50.- En la declaración judicial de ausencia se ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. Si no hubiere persona con esta calidad continuará, respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el artículo 47".

Al artículo 50 representa una novedad en la legislación nacional en cuanto prescribe otorgar posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos en el momento de dictarse la declaración judicial de ausencia.

La solución adoptada en este precepto, diversamente a lo prescrito en el artículo 50 del Código Civil italiano, no significa la apertura del acto de última voluntad del ausente, ya que ello ni se ajustaría a una buena sistemática ni, de otra parte, cabría dicha apertura sucesoria sin que existiese muerte cierta o presunta del ausente. Por lo demás, la apertura del acto de última voluntad al par que dilataría el trámite de declaración de ausencia, en perjuicio de los familiares más cercanos del desaparecido, podría originar, extemporáneamente, diversos problemas de orden sucesorio sin que jurídicamente se haya extinguido la personalidad del simplemente ausente. Se trata, por ello, sólo de establecer que el juez, en el acto de expedir la resolución que declara la ausencia, conceda la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes resultarían ser sus herederos forzosos al tiempo de dictarse dicha resolución.

A diferencia de lo que dispone el artículo 50 del Código Civil italiano de 1942, la posesión temporal de los bienes del ausente, según la norma propuesta, sólo ha de concederse por el juez a los herederos forzosos y no a todos los herederos testamentarios o legítimos. La solución del Código contempla el interés de aquéllos que forman el núcleo íntimo de la familia, es decir de los que, presumiblemente, han dependido económicamente del ausente y que, en cierta manera, han coparticipado de la posesión de sus bienes. Es decir, de aquéllos a quienes la ley concede la calidad de herederos forzosos y en favor de los cuales el ordenamiento jurídico reconoce, aun en vida del titular de los bienes, el ejercicio de algunas medidas tendientes a cautelar su derecho expectatio.

El artículo 50 del Código prescribe que, de no existir personas que puedan acreditar su calidad de herederos forzosos del desaparecido en trance de ser declarado ausente, se continuará con la curatela interina a que alude el artículo 47. Es evidente que si no retorna el ausente o no se acredita representante con facultades suficientes, ni se comprueba su muerte natural, se ha de proceder, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público y según lo dispone el artículo 63, a la declaración de su muerte presunta.

La norma cautela tanto los derechos expectatios de presuntos herederos que no tienen calidad de forzosos como de los simples legatarios. En efecto, el segundo apartado del artículo 51 imputa a los herederos forzosos, que entran en posesión temporal de la herencia, el deber de reservar una

parte igual a la cuota de libre disposición del ausente.

La norma bajo examen no contempla expresamente el caso que, durante el decurso de la posesión temporal o provisional de los bienes del ausente, alguna persona pruebe que tenía igual o mejor derecho que los poseedores el día en que se tuvo la última noticia de la desaparición del ausente. En esta hipótesis, tal como lo prevé el artículo 55 del Código Civil italiano, el juez incluirá al solicitante en la posesión, si es que tuviera igual derecho al de los poseedores, mientras que, si su derecho fuese predominante excluirá a estos últimos de la posesión. En cualquier caso, el solicitante no tiene derecho a los frutos sino a partir de la fecha de su demanda.

El numeral 50 establece claramente que han de ser considerados herederos forzosos, para los efectos de la posesión temporal de los bienes del ausente, aquellas personas que tuvieran dicha calidad en el instante de dictarse la resolución de declaración de ausencia. Son herederos forzosos, tal como oportunamente se ha precisado, aquéllos designados en el artículo 724 del Código, es decir, los hijos y demás descendientes, los padres y demás ascendientes y el cónyuge.

El artículo 6 del Decreto Legislativo N° 310, de 12 de noviembre de 1984, prescribe que la solicitud prevista en el presente artículo se tramita en la vía incidental. En el caso de inexistencia de herederos forzosos la solicitud se entenderá con el curador correspondiente.

"ARTÍCULO 51.- La posesión temporal de los bienes del ausente, a que se refiere el artículo 50, debe ser precedida de la formación del respectivo inventario valorizado. El poseedor tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y goza de los frutos con la limitación de reservar de éstos una parte iguala la cuota de libre disposición del ausente".

El artículo 51 contiene tres precisiones que se ha creído conveniente destacar en relación con los alcances de la posesión temporal de los bienes del ausente de parte de quienes serían sus herederos forzosos."

El numeral prescribe, en primer término, la obligación de formular un inventario valorizado de los bienes del ausente antes de proceder a dar el goce del derecho de posesión a los herederos forzosos. Tratándose tan sólo de una posesión temporal en beneficio de los herederos forzosos es pertinente enumerar cuáles son tales bienes y cuál su valor a la fecha del inventario judicial. Ello, además, por cuanto caben las alternativas del retorno del ausente o de la comprobación de su muerte natural o de su declaración de muerte presunta. En cualquier caso, es recomendable que se establezca en forma indubitable el volumen y cuantía de los bienes sujetos a posesión temporal para el efecto de cautelar dichos intereses y para el deslinde de las responsabilidades a que hubiere lugar.

El artículo en mención destaca que el poseedor o los poseedores de los bienes del ausente tienen los derechos y las obligaciones inherentes a la posesión, gozando de los frutos de dichos bienes. Este numeral debe necesariamente concordarse con lo dispuesto en el articulado del Título I de la Sección Tercera del Libro V dedicado a los Derechos Reales, el que establece los alcances del derecho posesorio. La posesión, de acuerdo con el artículo 896, es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

Finalmente, el numeral proyectado expresa que el disfrute que confiere la posesión temporal de los bienes del ausente alcanzará tan sólo a los dos tercios de los frutos, ya que el poseedor o los poseedores tienen el deber de reservar un tercio de dichos frutos, o sea, la proporción correspondiente a lo que sería la cuota de libre disposición del ausente. Este dispositivo permite proteger, mediante la constitución de la indicada reserva, los intereses de aquéllos que tuvieran derechos que reclamar a la muerte del ausente, ya fuere como herederos o legatarios.



La norma propuesta omite exigir a los poseedores temporales la constitución de garantías por tratarse de personas que detentan la calidad de herederos forzosos del ausente y, además, en atención a la existencia de la reserva del tercio de libre disposición a que se ha hecho referencia en el párrafo precedente.

Se ha utilizado en el texto la expresión "frutos" en su significación más amplia, comprensiva de rentas, utilidades, beneficios, intereses y todo otro provecho que resulte de una recta administración de los bienes del ausente. El artículo 890 del Código define los frutos como los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere o disminuya su sustancia.

En cuanto al aspecto referente a la proporción en que los herederos forzosos han de hacer suyos los frutos, debe tenerse presente lo consignado en el inciso cuarto del artículo 55.

"ARTICULO 52.- Quienes hubieren obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente no pueden enajenarlos ni gravarlos, salvo casos de necesidad o utilidad con sujeción al artículo 56".

El numeral propuesto precisa los alcances de la posesión temporal de los bienes del ausente al prohibir que puedan enajenarse o gravarse, salvo razón de necesidad y utilidad. Llegado el caso debe mediar, imprescindiblemente, autorización judicial y la transferencia o el gravamen de los bienes ha de producirse dentro de los términos prescritos por el artículo 56 del Código.

La norma se explica por cuanto la ausencia, como es obvio, no significa la muerte de la persona.

El artículo reconoce como antecedente el numeral 54 del Código Civil italiano.

"ARTÍCULO 53.- La declaración judicial de ausencia debe ser inscrita en el registro de mandatos y poderes para extinguir los otorgados por el ausente".

La prescripción del artículo 53 es la consecuencia de haberse otorgado la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos. En efecto, resultaría contradictorio, dada la naturaleza y alcances de la posesión, mantener vigentes, en forma simultánea, poderes otorgados por el ausente -antes de su desaparición- y aquellas facultades derivadas del ejercicio de la posesión o de la administración común.

"ARTÍCULO 54.- A solicitud de cualquiera que haya obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente, se procede a la designación de administrador judicial".

La norma a que se contrae el artículo 54 facilita el manejo del patrimonio del ausente al posibilitar, a petición de cualquiera de los poseedores temporales, la designación judicial de un administrador común.

En esta hipótesis se observará el trámite que al efecto fija el Código de Procedimientos Civiles.

El numeral encuentra fundamento en una razón de orden práctico. Puede darse el caso de que sean varios, y hasta numerosos, los que detentan la calidad de herederos forzosos del ausente. En esta hipótesis son comprensibles los obstáculos que han de presentarse para el manejo de los bienes del ausente por una pluralidad de personas. En esta situación será sin duda difícil el adoptar decisiones con la prontitud requerida. Ello irá en desmedro del interés de los propios herederos forzosos del ausente. Es explicable que frente a esta eventualidad resulte sensato y recomendable designar a una persona que, con las calidades inherentes al administrador judicial, efectúe las operaciones relacionadas con el manipuleo del mencionado patrimonio, en beneficio común. Son justificables las ventajas que han de obtener los poseedores temporales de los bienes del ausente con el nombramiento de un administrador común.

El administrador judicial tiene los derechos y deberes que le fija el artículo 55 del Código.

"ARTÍCULO 55.- Son derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente:

- 1. Percibir los frutos.***
- 2. Pagar las deudas del ausente y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra.***
- 3. Reservar en cuenta bancaria, o con las seguridades que señale el juez, la cuota a que se refiere el artículo 51.***
- 4. Distribuir regularmente entre las personas que señala el artículo 50 los saldos disponibles, en proporción a sus eventuales derechos sucesorios.***
- 5. Ejercer la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que importen actos de disposición.***
- 6. Ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial.***
- 7. Rendir cuenta de su administración en los casos señalados por la ley".***

La presente norma, con criterio didáctico, fija en siete incisos las atribuciones propias del administrador judicial de los bienes del ausente.

Las facultades que se mencionan en los dos primeros incisos son las que regularmente competen a todo administrador: percibir los frutos de los bienes sujetos a su administración, pagar las deudas del ausente y atender los gastos que origine el patrimonio del ausente bajo dicha administración.

El inciso tercero establece el deber de reservar en cuenta bancaria, o con las seguridades que señale el juez, la cuota correspondiente al tercio de libre disposición del ausente. La disyuntiva planteada se justifica porque puede darse el caso de la inexistencia de agencia bancaria en el lugar o porque el prudente criterio del juez determine la conveniencia de adoptar otra medida de seguridad más adecuada a las circunstancias. En cuanto a la institución bancaria en que deba hacerse el depósito se estará a lo que la ley establezca en su oportunidad o, en su defecto, a lo que el juez disponga.

Al referirnos al artículo 51 del Código hemos mencionado la razón por la cual se ordena la reserva de un tercio de los frutos percibidos de los bienes del ausente. Expresábamos en esa ocasión que dicho depósito tendía a proteger los derechos expectaticios de los demás herederos o de los legatarios llegado el caso de comprobarse la muerte del ausente o declararse su muerte presunta. De no existir dichos terceros a la muerte del ausente, la reserva, como es obvio, incrementará la masa hereditaria sobre la cual tienen derecho los herederos forzosos.

El inciso cuarto señala la proporción en que el administrador ha de distribuir los frutos de los bienes del ausente. Se especifica que tales frutos se refieren a los saldos disponibles o sea aquellos existentes después de haberse cumplido con el pago de las deudas del ausente, con el abono de los gastos del patrimonio así como con la reserva a que se contrae el inciso tercero del mismo numeral.

La distribución de los saldos disponibles se efectuará entre los poseedores temporales en proporción a sus derechos sucesorios expectaticios, para lo cual se estará a lo dispuesto en la parte pertinente del Código Civil.

La indicada distribución de saldos disponibles de los frutos se realizará regularmente. Debe

entenderse que corresponde al juez determinar, en atención a la naturaleza del patrimonio del ausente y a las necesidades de los poseedores temporales, la periodicidad de tal distribución.

Los incisos quinto y séptimo se refieren a los deberes del administrador de rendir cuenta de acuerdo a ley y de representar judicialmente al ausente. En esta última eventualidad, pudiendo el ejercicio de dicha representación comportar un acto de disposición del patrimonio del ausente, el administrador requiere autorización judicial para prestar confesión, desistirse de la demanda, allanarse a ella o transigir.

El inciso sexto asume el carácter de una norma supletoria. A falta de disposición expresa que lo faculte, el administrador podrá ejercer cualquier otra atribución no prevista conveniente al patrimonio del ausente, mediando necesariamente autorización judicial. Esta disposición permite otorgar a la administración la flexibilidad y fluidez necesarias para operar en la forma más ventajosa y productiva posible. Todo ello en base a la confianza que inspira el prudente y recto criterio del juez.

"ARTÍCULO 56.- En caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable".

El artículo 56, colocado sistemáticamente después del que contiene los deberes y atribuciones del administrador común, concede a éste una facultad extraordinaria. Al mismo tiempo, significa una excepción a la regla establecida en el artículo 52, con la que ha de concordarse.

El principio, tratándose de una posesión temporal de bienes del ausente, es el proveer sólo a la cabal administración y al goce de los frutos de los bienes que integran el patrimonio del ausente. Sin embargo, dentro de la dinámica propia de todo patrimonio, se requiere, en situaciones límites, enajenar o gravar tales bienes en orden a su mejor aprovechamiento, a la obtención de una mayor rentabilidad o, simplemente, a fin de preservar la integridad del patrimonio en beneficio del ausente, de los poseedores temporales o de los herederos, llegado el caso.

Las excepciones a que se contrae el numeral propuesto son restrictivas. Debe mediar notoria necesidad o utilidad para que el administrador proceda a la enajenación o gravamen de los bienes del ausente. Corresponde al juez apreciar, según su recto criterio, si las situaciones que llevan al administrador a solicitar tales medidas tienen el carácter de notoriedad que la norma exige. El juez, al autorizar los actos previstos en el artículo debe disponer el uso y destino de las sumas que se obtengan como consecuencia de la ejecución de tales actos.

El carácter extraordinario del dispositivo se acentúa si se atiende a que la norma no sólo requiere la necesidad o utilidad manifiestas sino que, además, se precisa que la atribución que se concede debe ejercitarse por el administrador en la estricta medida de lo indispensable y bajo su responsabilidad por cualquier exceso. Esta responsabilidad podría ser civil o penal, según el caso.

Al introducirse este artículo se persigue, en lo posible, mantener intactos los bienes del ausente. Por ello, su enajenación o gravamen tiene que responder a una exigencia notoria y debe realizarse sólo en la medida en que la necesidad o la utilidad lo aconsejen.

El artículo tiene como antecedente el numeral 54 del Código Civil Italiano.

"ARTÍCULO 57.- En lo no previsto por los artículos 55 y 56 se aplican las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles sobre administración judicial de bienes comunes".

El artículo 57 permite cubrir cualquier vacío legal que pudiera advertirse en los dos artículos precedentes. De producirse esta hipótesis se estará, supletoriamente, a lo dispuesto en el Código



de Procedimientos Civiles en lo que a la administración judicial de bienes comunes se refiere.

"ARTÍCULO 58.-El cónyuge del ausente u otros herederos forzosos económicamente dependientes de él, que no recibieren rentas suficientes para atender a sus necesidades alimentarias, pueden solicitar al juez la asignación de una pensión, cuyo monto será señalado según la condición económica de los solicitantes y la cuantía del patrimonio afectado"().

La norma del artículo 51 del Código Civil italiano de 1942 es la fuente del numeral propuesto. El artículo tiene como objetivo el que se provea a las necesidades alimentarias del cónyuge o de otro herederos forzosos del ausente que dependieran económicamente de él, en el caso que los frutos que recibieren fueran insuficientes para satisfacer tan apremiante exigencia. Es posible que, en determinadas circunstancias, el cónyuge o los herederos forzosos, por razones de edad o condiciones de salud, se encuentren impedidos de trabajar, por lo que su subsistencia depende exclusivamente de los frutos que perciben. De producirse esta situación es equitativo concederles la facultad de solicitar al juez la fijación de una pensión cuyo monto esté sujeto tanto a la condición económica de los recurrentes como a la entidad del patrimonio del ausente. La apreciación queda librada al criterio del juzgador.

Es indispensable que el Código de Procedimientos Civiles contemple los procedimientos expeditivos que permitan viabilizar las facultades atribuidas por el Código Civil.

Artículo vigente:

"ARTÍCULO 58.- El cónyuge del ausente u otros herederos forzosos económicamente dependientes de él, que no recibieren rentas suficientes para atender a sus necesidades alimentarias, pueden solicitar al Juez la asignación de una pensión, cuyo monto será señalado según la condición económica de los solicitantes y la cuantía del patrimonio afectado.

Esta pretensión se tramita conforme al proceso sumarísimo de alimentos, en lo que resulte aplicable".

Como lo apreciará el lector, se ha agregado al artículo un segundo párrafo que señala el procedimiento a seguir en el caso a que se contrae el primer párrafo del numeral.

La modificación de la parte pertinente del artículo aparece en la primera disposición modificatoria del Texto Unico Ordenado del Código Procesal Civil (D. Leg. 768).

"ARTÍCULO 59.- Cesan los efectos de la declaración judicial de ausencia por:

- 1. Regreso del ausente.***
- 2. Designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración.***
- 3. Comprobación de la muerte del ausente.***
- 4. Declaración judicial de muerte presunta".***

Los casos en que cesan los efectos de la declaración judicial de ausencia son materia, en cuatro incisos, del artículo quincuagésimo noveno.

Los dos primeros incisos se refieren al hecho del retorno del ausente y a la designación que éste

* Este artículo ha sufrido modificaciones de carácter procesal por lo que, al final de su comentario, se inserta el texto modificado con una nota explicativa.

podiera hacer de un apoderado con facultades suficientes. El artículo 60 indica cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de producirse alguna de las hipótesis previstas.

Los incisos tercero y cuarto del presente numeral vinculan la cesación de los efectos de la declaración de ausencia al caso de comprobarse la muerte o declararse la muerte presunta del ausente, respectivamente. En estos casos, según lo dispone el segundo párrafo del artículo 60, se procede a la apertura de la sucesión.

El presente artículo tiene como antecedentes legales los artículos 56 y 57 del Código Civil italiano.

La declaración de muerte presunta se producirá, si fuere el caso, de acuerdo con los artículos 63 a 66 del Código, sistemáticamente ubicados en el Capítulo Segundo del Título Séptimo del Libro de Derecho de las Personas.

"ARTÍCULO 60.- En los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 59 se restituye a su titular el patrimonio en el estado en que se encuentre. La resolución es dictada dentro del procedimiento de declaración judicial de ausencia.

En los casos de los incisos 3 y 4 del artículo 59 se procede a la apertura de la sucesión "().

En el artículo 60 se contempla el destino final del patrimonio del ausente en relación con cada uno de los cuatro casos referidos por el artículo 59 al tratarse del cese de la declaración judicial de ausencia.

Producido el regreso del ausente o la designación que éste haga de un apoderado con facultades suficientes se procederá a la restitución del patrimonio, en el estado en que se encuentre, ya sea al propio ausente o a su apoderado si su poder lo justifica.

La restitución del patrimonio al ausente, en el estado que se encontrase al momento de su retorno o de la designación de apoderado, supone que cualquier incremento o pérdida que aquel hubiere experimentado durante el periodo de la ausencia beneficiará o perjudicará, en su caso, al ausente. La premisa es válida si el poseedor o el administrador común han actuado según las reglas de la buena fe, ya que de lo contrario estarán sujetos a responsabilidad derivada de la rendición de cuenta que necesariamente ha de producirse de conformidad a ley.

De comprobarse la muerte del ausente o de ocurrir la declaración judicial de muerte presunta, se procederá con el trámite de apertura de la sucesión.

El numeral prescribe que, en los casos de regreso del ausente o de designación de apoderado, la resolución respectiva de restitución del patrimonio será dictada dentro del procedimiento de declaración judicial de ausencia.

Artículo vigente:

"ARTICULO 60.- En los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 59 se restituye a su titular el patrimonio, en el estado en que se encuentre. La petición se tramita como proceso no contencioso con citación de quienes solicitaron la declaración de ausencia.

En los casos de los incisos 3y4 del artículo 59, se procede a la apertura de la sucesión".

Se señala, como agregado del primer párrafo, el proceso que corresponde a la petición

* Este artículo ha sufrido modificaciones de carácter procesal por lo que, al final de su comentario, se inserta el texto modificado con una nota explicativa.



correspondiente.

El agregado en referencia está prescrito en la primer disposición modificatoria del Texto Unico Ordenado del Código Procesal Civil (D. Leg. 768).

Fin de la persona

Muerte

GENERALIDADES.- El Título Séptimo, en tres Capítulos, norma lo relativo al fin de la persona. Al lado de la muerte natural se regula lo atinente a la muerte presunta y también lo concerniente a la declaración de existencia, si fuere el caso, de la persona cuya muerte fue presuntamente establecida.

El Título Séptimo, como se advierte, reúne al final de la Sección Primera los aspectos vinculados con la muerte de la persona, lo que significa una innovación de carácter sistemático si se atiende a que el Código Civil de 1936 trataba lo referente a la muerte natural al comienzo del Libro Primero, conjuntamente con el inicio de la personalidad, y apenas dedicaba dos artículos, el 611 y el 612 — ubicados en el Libro Segundo— a la muerte presunta.

"ARTÍCULO 61.-La muerte pone fin a la persona".

El artículo 61 declara, en términos generales, que la muerte pone fin a la persona. De este modo, sistemáticamente, se trata tanto de la muerte natural como de la presunta, con la diferencia de que en esta última eventualidad cabe la declaración de la existencia de la persona a tenor de lo dispuesto en el artículo 67.

La muerte, en cualquier caso, termina con la calidad de sujeto de derecho inherente a la persona natural y, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 660 del Código, desde el momento de la muerte se transmiten a los sucesores los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia.

Expresar que la muerte pone fin a la persona significa, en otros términos, que no existe más sujeto de derecho, ente o centro de referencia normativo al cual atribuir situaciones jurídicas, derechos y deberes. Con la muerte concluye la capacidad jurídica inherente a la persona en tanto ser humano viviente.

La muerte origina múltiples efectos jurídicos que van desde la disolución del matrimonio hasta la apertura de la sucesión. Empero, si bien la muerte pone fin a la persona en tanto sujeto de derecho, la ley faculta a los familiares cercanos el poder exigir se respete la memoria o la confidencialidad de los papeles privados de la persona después de su muerte. Los familiares tienen, en virtud de su relación afectiva y del sentimiento del honor, un legítimo interés moral, reconocido por el ordenamiento jurídico, en proteger la memoria del difunto y vigilar que su voluntad, expresada en vida, se respete siempre que se encuadre dentro del ordenamiento jurídico.

A pesar del hecho de la muerte y su consiguiente efecto jurídico, comprobamos que existe cierta continuidad de la persona a través de sus obras o sus bienes, mediante su voluntad objetivada en un testamento o en un acto constitutivo de una fundación. Esta voluntad objetivada, expresada en vida, se prolonga más allá de la muerte, más allá de la extinción de la persona.

La noción de muerte, el momento de la misma y los medios adecuados para cerciorarse que ella se ha producido son temas de capital importancia en nuestra época. En mérito al adelanto científico y

tecnológico, a las técnicas de los trasplantes de órganos y a los sistemas de reanimación artificial, se ha originado en tiempos recientes una profusa literatura médico-legal que nos ofrece diversos criterios para determinar el momento de la muerte.

Hasta no hace mucho, la muerte se asimilaba al instante de la "exhalación del último suspiro", expresión que asociaba la muerte a la paralización del sistema respiratorio de la persona. Posteriormente, se consideró que la muerte coincidía con "el último latido del corazón", o sea, se le vinculaba a la paralización del sistema cardiovascular o cardiocirculatorio. En los tiempos que corren, el instante de la muerte se asocia por los más con la irreversible paralización de las funciones cerebrales. Esta evolución se produce en tanto los diversos sistemas y técnicas de reanimación han permitido reactivar el corazón y hacer que la persona, que no hubiese padecido lesión cerebral, recupere su función cardiovascular y continúe viviendo, a pesar de la transitoria parálisis del corazón.

Los avances científicos conducen a presentar la muerte como un proceso, no obstante lo cual debe precisarse el momento mismo de la muerte. Esta concepción de la muerte como proceso permite a la doctrina referirse a la muerte relativa, a la muerte intermedia y a la muerte absoluta. La primera, es decir la relativa, se la describe como iniciándose en el instante en que las funciones superiores del sujeto se suspenden por breve tiempo, lo que no hace imposible, al menos teóricamente, su reactivación, siempre que no exista una lesión cerebral. Se trataría de una paralización reversible de tales funciones, por lo que ellas se pueden eliminar ya sea de modo espontáneo o a través de la utilización de una determinada técnica instrumental. En el caso de la muerte intermedia, la paralización de las funciones antes citadas es irreversible, por lo que resulta imposible cualquier reactivación de las mismas, no obstante lo cual se comprueba algunas sobrevivencias biológicas que son totalmente insuficientes para constituir vida humana. La muerte absoluta o muerte biológica significa la desaparición definitiva de toda actividad biológica aun a nivel de células y tejidos.

La gradualidad del proceso de la muerte ha dado lugar a diversas definiciones de la misma. La doctrina alude a la "muerte clínica" y a la "muerte biológica". Esta última, como se ha anotado, equivale al final del proceso que comienza con la suspensión de las funciones superiores del organismo y concluye con la extinción de todo síntoma o vestigio de vida celular. La muerte del organismo humano en su integridad no coincide con el instante de la llamada muerte clínica. Esta última, según la opinión mayoritaria, es la "hora cero" del proceso de la muerte, el instante en que, al cesar irreversiblemente las funciones respiratoria, cardíaca y cerebral, no existe más vida humana, no obstante que algunas células continúen aún biológicamente activas. Más precisamente, la muerte clínica se hace coincidir con la cesación de la función cerebral. Sería éste el momento de la muerte relevante para el Derecho, a partir del cual no existe más la persona. La muerte clínica no se confunde ni con la muerte relativa, a la que hemos hecho mención, ni con la muerte absoluta. La primera, como se ha apreciado, permite en ciertos casos la reactivación de funciones vitales si no existe lesión cerebral. La última, la absoluta, supone la cesación de todo vestigio de vida celular en el organismo, más allá de la paralización de las funciones vitales. La muerte clínica, es la cesación total e irreversible de cualquier actividad del sistema nervioso central. Este último concepto es el que recoge el mayor número de adhesiones en la actual doctrina médico-legal. La muerte clínica significaría el momento de la muerte para todos los efectos jurídicos, a partir del cual es también posible practicar los trasplantes de órganos.

Definido el instante de la muerte cabe preguntarse por el o los métodos adecuados para cerciorarse del hecho de la muerte clínica. La doctrina nos presenta al respecto una pluralidad de métodos, unos clínicos otros instrumentales. Así, al método tradicional, al diagnóstico clínico de la muerte, se añade en nuestros días la contribución del método electrocardiográfico y del método



electro-encefalográfico. Este último ofrecería, en el momento actual, la certeza de haberse producido la muerte clínica. Como afirma un destacado jurista, "el inicio y simultaneidad de las condiciones requeridas para verificar el estado de muerte -coma profundo, ausencia de respiración espontánea- requieren de una verificación de ininterrumpida continuidad por doce horas; pero la hora cero, el momento de la muerte no se ubica al final de la verificación, sino más bien en el instante en el cual las condiciones surgieron, con el indicado carácter de simultaneidad". En todo caso, queda abierto al futuro, con el desarrollo de la ciencia y la tecnología, la posibilidad de que otros métodos más precisos y sofisticados puedan sumarse a los hasta hoy conocidos y aplicados.

Problemas arduos de resolver son aquellos vinculados con la determinación de la muerte clínica en el caso que la vida de la persona subsista sólo en base a especializados aparatos de reanimación. La doctrina, la legislación y la jurisprudencia debaten actualmente sobre las diversas implicancias del tema. Plurales son las posiciones que se advierten frente a la posibilidad de desconectar el instrumento de reanimación una vez que existe el diagnóstico de la muerte clínica. Uno de los aspectos que suscita mayor discusión y polémica es aquel que se refiere a la sustentación ética de una decisión de este tipo. Problema que ofrece dificultad de solución es el determinar quién posee autoridad o derecho para ordenar tal desconexión, en caso de ser admitida. Algunos tratadistas opinan que es el propio sujeto el que debe manifestar tal voluntad, con anticipación, en el curso de su vida. Otros sostienen que es una decisión que compete sólo a los médicos, mientras que existen autores que manifiestan que ella corresponde a la autoridad judicial. No faltan autores que piensan que los familiares más cercanos serían las personas indicadas para adoptar una determinación en tales circunstancias. La discusión está aún abierta. Estimamos que el progreso científico y tecnológico, unido a una constante valoración ético-jurídica, contribuirán a despejar dudas e interrogantes.

"ARTÍCULO 62.- Si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios".

El artículo 62 recoge, al igual que lo hace el numeral 7 del Código Civil abrogado, la tesis de la conmorienencia. Es decir, como señala la norma, si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se les reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios.

La solución propuesta elimina, en la eventualidad a que se refiere el artículo 62, todo tipo de innecesarias presunciones y facilita la solución de la problemática inherente al caso. Se superan así las complicaciones derivadas de la tesis de la premoriencia que se sustentaba en presunciones fundadas en la edad o el sexo de las personas. Resulta carente de base científica y de lógica sostener, según ocurría dentro de los planteamientos de esta última tesis, el que la persona de mayor edad debía morir antes que la más joven o que la mujer, por ser más débil, dejaba de existir con anterioridad al varón.

Declaración de muerte presunta

"ARTÍCULO 63.-Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos:

1. Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad.

2. Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso.

3. Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido".

El numeral contempla tres hipótesis sobre la base de las cuales cabe la declaración de muerte presunta a solicitud de cualquier interesado -o sea de quien tenga legítimo interés económico o moral- o del Ministerio Público en representación de la comunidad. La muerte presunta supone necesariamente la falta del cadáver, excepto en el caso que de existir, no pueda ser reconocido, no obstante lo cual hay certeza de la muerte. Esta última circunstancia se contempla en el inciso tercero del artículo bajo comentario.

El inciso primero señala la posibilidad de declarar la muerte presunta de una persona por el transcurso de diez años desde que se tuvo las últimas noticias de su desaparición, o sea de aquella situación de hecho consistente en que la persona no se encuentra en el lugar de su domicilio y se carece de información sobre su paradero. Ello supone que no se requiera, para el efecto de tal declaración, el que judicialmente se establezca previamente como ausente al simplemente desaparecido, lo que comporta una modificación del evento previsto en el artículo 611 del Código de 1936, en cuanto este último numeral alude específicamente al "ausente".

La diferencia del dispositivo del Código con el citado artículo 611 del Código de 1936 reside en que este último prescribía, como uno de los supuestos para la declaración de muerte presunta, el discurrir del tiempo suficiente para que la persona cumpliera la edad de ochenta años, mientras que el actual numeral señala, para tal efecto, el transcurso de cinco años desde la fecha en que el desaparecido hubiera cumplido tal edad. La modificación se justifica en tanto que no es infrecuente que la desaparición ocurra en edad muy próxima a los ochenta años o, simplemente, con posterioridad al cumplimiento de tal hecho. En la primera hipótesis, el tiempo requerido podría ser demasiado breve como para asumir una situación de muerte de la persona y, en la segunda, se presentaba un vacío legal que era preciso integrar.

El inciso segundo del numeral 63 posibilita la declaración de muerte presunta por el transcurso de sólo dos años si el hecho de la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. Como se advierte, se ha reducido el plazo considerado en el Código de 1936 -que era de tres años- a sólo dos. Ello se explica porque, generalmente, son múltiples y evidentes los indicios que inducen a presumir la muerte de la persona en dicho evento, por lo que no se justifica una espera prolongada para obtener la correspondiente declaración judicial. La doctrina y la jurisprudencia suelen considerar normalmente como situaciones constitutivas de peligro de muerte los casos de guerra, la caída de un avión, el hundimiento de un barco o un terremoto, entre otros.

Otra modificación, introducida en el citado inciso segundo, es la de haber precisado a partir de que instante se debe empezar a contar el mencionado plazo. Es decir, se fija un criterio para determinar el término inicial del mismo. La innovación se fundamenta en que no siempre el evento peligroso en cuestión se produce en un sólo acto sino, más bien, suele tener una secuencia prolongada. Por ello es necesario establecer que el plazo ha de correr desde la cesación de tal hecho peligroso.

El inciso tercero es enteramente novedoso en relación con el Código abrogado. Se alude a la posibilidad de proceder a la declaración de muerte presunta en el caso que exista certeza de que la persona ha fallecido, no obstante lo cual el cadáver no ha podido ser encontrado o, habiendo sido hallado, no sea reconocible. Ello se explica en tanto pueden presentarse situaciones en las que, a través de testimonio indubitable, se llegue a la racional evidencia tanto del hecho que originó la muerte de la persona, como que, de tal acontecimiento peligroso no se podía salir con vida. Podría

considerarse, a título de ejemplo, el caso del hundimiento de un bote de pescadores en un mar embravecido, evento presenciado por personas sobrevivientes que dan incuestionable testimonio del mismo, así como del hecho de haber observado el ahogamiento de un miembro de la tripulación. Dentro del inciso bajo comentario cabe también la posibilidad que se halle el cadáver, o partes del mismo sin que, a pesar de ello, pueda ser posible su identificación. Ejemplo de esta hipótesis podría ser, entre otros, el de una avioneta de una sola plaza que se precipita a tierra carbonizándose el piloto de la misma. Si bien no es posible identificar el cadáver existe certidumbre en cuanto al nombre de la persona que conducía el aparato. En este caso no existe duda alguna en cuanto a determinar, pese al no poder identificar el cadáver, quién era la persona fallecida en el accidente.

La declaración de muerte presunta puede legalmente viabilizarse pese a que, previamente, no se haya producido la declaración de ausencia. En realidad, lo que interesa para el efecto de la declaración de muerte presunta es el transcurso del tiempo desde que se produjo el hecho de la desaparición, la circunstancia de peligro que la rodeó o la certeza de la muerte pese a no hallarse o no poderse reconocer el cadáver, si éste hubiese sido encontrado.

La declaración de muerte presunta produce todos los efectos jurídicos de la muerte natural.

El Capítulo V del Decreto Legislativo N° 310, de 12 de noviembre de 1984, establece las reglas procesales para la aplicación del artículo 63. Dicho Decreto Legislativo prescribe que la solicitud de muerte presunta se tramita con observancia de los artículos 1284 a 1287 del Código de Procedimientos Civiles, en cuanto sean aplicables; determina que el peticionario debe probar la causal invocada y que la solicitud será puesta en conocimiento de las personas que podrían ser herederos forzosos de aquél cuya muerte se presume y del Ministerio Público. Precisa, asimismo, que la sentencia debe pronunciarse previo dictamen del fiscal y será publicada en el diario oficial por tres veces interdiarias, cualquiera sea el lugar donde se sigue el proceso.

Contra la sentencia proceden los recursos de apelación y de nulidad. La sentencia no apelada será elevada en consulta. Ejecutoriada la sentencia se ordenará su inscripción en el registro del estado civil.

"ARTÍCULO 64.-La declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido. Dicha resolución se inscribe en el registro de defunciones".

El Artículo 64 prescribe que la declaración de muerte presunta, al generar todos los efectos jurídicos de la extinción de la persona en cuanto sujeto de derecho, disuelve el matrimonio del muerto presunto, encontrándose facultado el cónyuge sobreviviente para contraer nuevo matrimonio. El numeral establece que la declaración de muerte se inscribe en el registro de defunciones.

El artículo 64 se funda en el hecho de que la muerte presunta produce los mismo efectos que la muerte natural, por lo que es lógica la disposición que determina la disolución del vínculo matrimonial contraído por el presuntamente muerto. Del mismo modo, la declaración de muerte presunta da lugar a la apertura de la sucesión.

El presente numeral tiene su antecedente en el artículo 65 del Código Civil italiano, que prescribe que el cónyuge puede contraer nuevo matrimonio una vez ejecutada la sentencia de muerte presunta.

El artículo bajo comentario debe concordarse con el numeral 68 del Código que determina que el reconocimiento de existencia del presuntamente muerto no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge sobreviviente.

Al igual que lo que acontece con la muerte natural, la declaración de muerte presunta debe inscribirse en el registro civil para los efectos de ley.

"ARTÍCULO 65.- En la resolución que declara la muerte presunta se indica la fecha probable y, de ser posible, el lugar de la muerte del desaparecido".

Se consideró conveniente introducir una norma que prescribiera la obligación, inherente al juez, de determinar en la resolución que declara la muerte presunta la fecha probable y, de ser posible, el lugar del fallecimiento del desaparecido.

La fijación de una probable fecha, en la situación prevista, permite conocer el instante a partir del cual se origina la transmisión sucesoria y sus efectos consiguientes. Por lo demás, dicha fecha ha de constar en la partida de defunción correspondiente.

El artículo bajo comentario prescribe que, además de la probable fecha de defunción, debe indicarse, de ser posible, el lugar del fallecimiento del declarado muerto presunto. Es evidente que en ciertos casos se hace muy difícil precisar el lugar del deceso. En efecto, tratándose de una guerra o de acciones similares no sólo existe dificultad para fijar una fecha sino que tal dificultad se agudiza si se debe señalar el lugar del acontecimiento fatal.

La norma del numeral 65 integra un vacío del ordenamiento civil anterior.

"ARTÍCULO 66.- El juez que considere improcedente la declaración de muerte presunta puede declarar la ausencia".

El artículo en referencia faculta al juez, cuando considere improcedente dictar resolución de muerte presunta, a declarar de oficio la ausencia, de conformidad con el artículo 49 y siguientes del Código. La norma pretende evitar, de esta manera, dilataciones procesales contrarias al interés social, consistente en la protección del patrimonio del desaparecido y el de sus más allegados familiares los que, llegado el caso, podrían constituirse en sus herederos forzosos.

La declaración de improcedencia de la acción de muerte presunta queda librada el arbitrio del juez. Ello puede ocurrir cuando considere que las pruebas aportadas son insuficientes para acreditar la muerte de una persona al no haber sido hallado el cadáver o, de haberse encontrado, no es posible identificarlo de modo indubitable. Esta situación no puede presentarse, como es obvio, en la hipótesis planteada en el primer inciso del artículo bajo comentario, desde que el transcurso de diez años es requisito suficiente para la declaración de muerte presunta. Empero, en el caso del inciso segundo, donde debe probarse que la desaparición de la persona se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, el juez puede juzgar insatisfactoria la prueba actuada en relación con la presencia de dicha persona en tal evento o con la calificación del hecho como constitutivo de peligro de muerte. Dudas parejas pueden suscitarse en el juez tratándose de la situación prevista en el inciso tercero del presente artículo.



3 Normativa

[Código Civil]⁴

Declaración de ausencia y sus efectos

ARTÍCULO 71.- Cualquier interesado podrá demandar la declaración de ausencia pasados dos años después del día en que desapareció el ausente sin que haya recibido noticias suyas o después de recibidas las últimas, pero si dejó apoderado general para todos o la mayor parte de sus negocios, no se podrá pedir la declaración de ausencia, mientras no hayan transcurrido diez años desde la desaparición del ausente o de sus últimas noticias.

Estos plazos se reducirán a la mitad cuando las últimas noticias que se tuvo del ausente fueron de que se encontraba gravemente enfermo o en peligro de muerte.

Pasados cinco años desde que desapareció el ausente, o desde sus últimas noticias, deberá el apoderado dar fianza o garantía suficiente de administración; si no la diere, caducarán sus poderes.

(Así reformado por Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, artículo 2º. Por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 2º, su número fue corrido del 53 al actual).

ARTÍCULO 72.- Declarada la ausencia, serán puestos en posesión provisional de los bienes del ausente, los herederos, los legatarios, donatarios y todos los que tengan sobre los bienes de él derechos subordinados a su muerte.

Deben rendir fianza o garantía suficiente para asegurar los resultados de su administración.

Para fijar la calidad de heredero se atenderá al tiempo de las últimas noticias y en su defecto al día de la desaparición del ausente.

(Así reformado por Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, artículo 2º. Por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 2º, su número fue corrido del 54 al actual).

ARTÍCULO 73.- La declaración de ausencia produce el efecto de disolver las sociedades que se terminarían con la muerte del ausente.

(Así reformado por Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, artículo 2º. Por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 2º, su número fue corrido del 55 al actual).

ARTÍCULO 74.- Los herederos y demás personas puestas en posesión provisional son, respecto del ausente, administradores; respecto de terceros serán tenidos como herederos y deberán cumplir con las obligaciones de tales y representar judicial y extrajudicialmente al ausente; respecto de los bienes que tuvieran en posesión. No podrán transigir ni comprometer en árbitros los negocios que a éste interesen y que valgan más de mil colones, sin previa autorización judicial, dada en virtud de haberse justificado la utilidad o conveniencia de la transacción o compromiso.

(Así reformado por Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, artículo 2º. Por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 2º, su número fue corrido del 56 al actual).

ARTÍCULO 75.- Los que a consecuencia de la posesión provisional hubieren disfrutado de los bienes del ausente, no estarán obligados a devolver sino el quinto de los frutos líquidos percibidos; cuando la restitución de los bienes se hiciere antes de cinco años después de la entrada en posesión; y el décimo cuando la restitución se hiciere después de este término.

Pasados diez años desde la entrada en posesión sólo estarán obligados a devolver los bienes.

(Así reformado por Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, artículo 2º. Por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 2º, su número fue corrido del 57 al actual).

ARTÍCULO 76.- Los inmuebles del ausente no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva sino por causa de necesidad o de utilidad manifiesta, declarada por el Juez.

(Así reformado por Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, artículo 2º. Por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 2º, su número fue corrido del 58 al actual).

ARTÍCULO 77.- Si el ausente reaparece o se prueba su existencia, durante la posesión provisional, cesarán los efectos de la declaración de ausencia, sin perjuicio, si hay lugar, de dictarse las medidas prescritas en el capítulo primero de este título.

Si el ausente reaparece o se prueba su existencia después de la posesión definitiva, recobrará los bienes en el estado que se hallen y el precio de los que hubieren sido enajenados.

(Así reformado por Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, artículo 2º. Por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 2º, su número fue corrido del 59 al actual).

Presunción de muerte y sus efectos

ARTÍCULO 78.- Si la ausencia ha continuado durante veinte años después de la desaparición o durante diez años después de la declaratoria de ausencia, o de las últimas noticias, o si han corrido ochenta años desde el nacimiento del ausente, el Juez, a instancia interesada, declarará la presunción de muerte.

Hecha esta declaración, se dará la posesión definitiva de los bienes, sin necesidad de fianza, a sus herederos presuntivos al tiempo de la desaparición, o de las últimas noticias y a los demás interesados de que habla el artículo 54, quedando cancelada la garantía dada para la posesión provisional.

(Así reformado por Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, artículo 2º. Por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 2º, su número fue corrido del 60 al actual).

ARTÍCULO 79.- En cualquier época que se pruebe la muerte del ausente se deferirá su herencia entre los herederos.

El tenedor de los bienes hereditarios, deberá devolverlos con los frutos establecidos en el artículo 57 salvo que hubiere prescrito la herencia por el transcurso del término ordinario, que se contará desde la declaración de presunción de muerte o desde el fallecimiento del ausente si hubiere ocurrido después de la declaración.

(Así reformado por Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, artículo 2°. Por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 2°, su número fue corrido del 61 al actual).

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Calatayud Ponce de León, V. (2005). Temas de Derecho Privado. Primera Edición. Universidad de la Salle. San José. Costa Rica. Pp. 219-237.
- 2 Díez-Picazo, L y Gullón, A. (1998). Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Novena Edición. Editorial Tecnos. Madrid. España. Pp. 282-288.
- 3 Fernández Sessarego, C. (2001). Derecho de las Personas. Octava Edición Actualizada. Editorial GRIJLEY. Lima. Perú. Pp. 142-169.
- 4 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 63 del veintiocho de setiembre de 1887. Código Civil. Fecha de vigencia desde 01/01/1888. Versión de la norma: 10 de 10 del 26/09/2011. Artículos: 71 al 79.