

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA AUSENCIA Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL(*) (1621)

LUIS MOISSET DE ESPANÉS(**) (1622)

SUMARIO

I. Introducción. - II. La ausencia con bienes en estado de abandono. - III. Ausencia con presunción de fallecimiento. a) Distinción con el supuesto de bienes abandonados. b) Posesión provisional. c) Posesión definitiva. - IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Consideramos conveniente recordar, aunque sea de manera muy breve, que el Código Civil sólo legisló en detalle sobre la "ausencia con presunción de fallecimiento" (arts. 110 a 125), agregando en el inc. 5° del art. 54 que los ausentes declarados en juicio debían ser considerados absolutamente incapaces.

La doctrina nacional no era pacífica al interpretar esta última norma, porque encontraba una contradicción palmaria entre esta supuesta incapacidad del sujeto y su condición de presunto fallecido, ya que la capacidad o incapacidad sólo pueden referirse a personas vivas; por eso algunos autores, interpretando el Código de manera sistemática e integral, y recordando otras menciones a la ausencia, como la contenida

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el artículo 3457(1)(1623), entendían que la mencionada incapacidad del art. 54, inc. 5º, sólo podía referirse a los "ausentes con bienes en estado de abandono", pese a que esta hipótesis no había sido regulada con detenimiento(2)(1624).

El problema, a nuestro entender, quedó superado al sancionarse la ley 14394(3)(1625), cuyos arts. 15 a 32(4)(1626)vinieron a reemplazar y modernizar las previsiones del Código en materia de ausencia(5)(1627). El mencionado cuerpo legal distinguía claramente dos supuestos: a) ausencia con bienes en estado de abandono (arts. 15 a 21), caso en el cual debe procederse a la designación de un curador para que administre esos bienes, y que correspondería a la hipótesis de incapacidad prevista por el inc. 59 del art. 54(6)(1628); y b) ausencia con presunción de fallecimiento (arts. 22 a 32), que produce como efecto la fijación del día presuntivo de la muerte del sujeto y la apertura de su juicio sucesorio, debiendo entregarse los bienes a sus herederos.

Es menester distinguir aquí la existencia de dos etapas; la primera, a la cual la doctrina - empleando la vieja denominación del Código - continúa llamando de posesión provisional (arts. 28 y 29), durante la cual los herederos reciben los bienes y quizás puedan ser considerados ya propietarios, pero no pueden disponer de ellos sin autorización judicial; y la segunda etapa, de "posesión definitiva" (arts. 30 a 32), en la cual los nuevos titulares de los bienes no padecen ya ninguna limitación en las facultades que integran su derecho de dominio, y solamente subsiste el deber - si reapareciese el ausente - de restituirle los bienes en el estado en que se hallasen.

Agreguemos, por último, que la ley 17711 derogó el inc. 5º del art. 54, suprimiendo toda mención de la ausencia entre las hipótesis de incapacidad(7)(1629).

Desde el punto de vista registral, que es el que a nosotros nos interesa aquí particularmente, se nos plantea el problema de indagar qué actitud debe adoptar el registrador si se presentan para su inscripción actos otorgados por el ausente o por el curador en el caso de ausencia con bienes en estado de abandono, o actos celebrados por el ausente o sus herederos, en las etapas de posesión provisional o definitiva, correspondientes a una declaración de ausencia con presunción de fallecimiento.

De paso debemos destacar que estos desarrollos se han inspirado en una ilustrada ponencia que sobre el mismo tema ha remitido a las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Registral de San Rafael el profesor Miguel Angel Bustos Vocos(8)(1630), cuyos lineamientos generales compartimos; sin embargo, nos ha parecido necesario redactar estas líneas para complementar el trabajo del Dr. Bustos Vocos, y dejar a salvo nuestra opinión sobre algunos detalles en los que no hay absoluta coincidencia, pero otorgando todo el mérito de la investigación al autor de la ponencia originaria, que nos obligó a meditar sobre aspectos del problema que antes no habíamos tomado en consideración.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II. LA AUSENCIA CON BIENES EN ESTADO DE ABANDONO

La declaración de ausencia con bienes en estado de abandono y la designación de un curador, no tendrá - por lo general - repercusión registral. Ya hemos dicho que - luego de la supresión del inc. 5° del art. 54 - no entraña ni siquiera una declaración de incapacidad, razón por la cual no corresponde que se disponga su asiento en el Registro de Anotaciones personales previsto en los arts. 32 a 34 de la ley 17801.

Es cierto que en la Capital Federal, por imperio de lo establecido en el inc. b) del art. 58 de la ley 17417(9)(1631), podría sostenerse que subsiste la necesidad de practicar estos asientos, pero consideramos que son totalmente inútiles porque, aunque admitiésemos que el ausente con bienes en estado de abandono padece una "incapacidad", esa limitación a su facultad de obrar finaliza automáticamente con el simple hecho de su reaparición o la presentación de una persona a quien le haya otorgado poderes suficientes para la administración o disposición de sus bienes(10)(1632). Es decir que si accede al Registro un documento otorgado por el ausente o su apoderado, el registrador no tiene facultades para observarlo, fundándose en la presunta incapacidad del otorgante.

Por otra parte, y con relación al curador cuya designación prevé la ley 14394, sus facultades se limitan a la simple administración y conservación de los bienes (v. especialmente el art. 488 del Cód. Civil)(11)(1633), y no podrá realizar actos de disposición salvo casos excepcionales, cuando haya peligro inminente de pérdida o destrucción(12)(1634), por tratarse de bienes percederos; y es claro que estas características no corresponden a los bienes registrables y si por razones especialísimas fuese indispensable disponer la enajenación o gravamen de un inmueble, el curador tendría que reclamar autorización judicial demostrando la necesidad de la medida(13)(1635); en tal hipótesis el documento sería suscripto por el representante legal del ausente, y debería allí acreditar su legitimación para obrar con la copia de las resoluciones judiciales en virtud de las cuales se lo designó curador de los bienes, y se le concedió autorización especial para el acto de disposición que se pretende registrar. Si faltas en esos requisitos, el registrador debería observar el documento, pero para verificar tales recaudos no es menester que exista la constancia previa de la declaración de ausencia en el Registro de Anotaciones Personales, ya que - insistimos - esta declaración no afecta en absoluto la capacidad del ausente

III. AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO

a) Distinción con el supuesto de bienes abandonados.

Los supuestos de hecho que sirven para configurar una y otra institución

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

son totalmente diferentes. En el caso de la ausencia con bienes en estado de abandono, lo único que le preocupa al legislador es que se tomen medidas para evitar la pérdida de patrimonio del ausente, que no ha dejado a nadie para que cuide de sus bienes. En este caso, pese a la literalidad del art. 15, la "falta de noticias" del ausente no tiene ninguna relevancia, y sobre el particular se ha expedido la doctrina nacional sosteniendo que, incluso aunque se tengan noticias del ausente, procede siempre que se designe un curador a los bienes cuando éstos corren peligro y no le sea posible regresar para administrarlos, ni encargar a otra persona que lo haga(14)(1636).

La ley brinda protección a los bienes no sólo en consideración a la persona del ausente, sino también por razones de interés social, para evitar la destrucción y pérdida de valores, que redundan siempre en perjuicio de toda la sociedad, y lograr que esos bienes se mantengan en condiciones de productividad. Pero reconoce siempre que la propiedad pertenece al ausente, y limita su intervención disponiendo que cesará la curatela si el titular de los bienes retoma, en persona o por medio de un apoderado, la administración de su patrimonio.

En la ausencia con presunción de fallecimiento la base fáctica es otra. La prolongada falta de noticias del sujeto permite inducir que se ha producido su muerte(15)(1637) y, aunque sus bienes no corran peligro y exista quien los administre, estima que deben ser entregados a los herederos, pues, frente a la muerte del causante serán ellos los verdaderos titulares de ese patrimonio.

A medida que el tiempo transcurre, se robustecerá la creencia de que el ausente ha fallecido, pero como no se tiene certeza absoluta de su deceso, el legislador prevé las dos etapas que hemos denominado de «posesión provisional» y «posesión definitiva». En ambos casos el heredero o legatario será considerado propietario de los bienes del ausente que se le han adjudicado(16)(1638) y hará suyos los frutos y rentas que produzcan, siempre que haya obrado de buena fe(17)(1639), pero ante la eventualidad de una posible reaparición del ausente, su dominio es siempre resoluble. La diferencia entre ambas etapas tiene como razón de ser la existencia, en el primer momento, de mayores posibilidades de reaparición del ausente; por eso, durante el período de posesión provisional se sujeta el dominio a lo que la ley llama «prenotación», limitando las facultades del heredero al uso y goce de la cosa, y prohibiéndole que disponga de ella libremente(18)(1640).

En resumen, al regular la ausencia con presunción de fallecimiento, el legislador no ha tenido en mira atender a la conservación de los bienes del ausente, sino a su transmisión y entrega a los herederos o legatarios.

b) Posesión provisional.

Efectuada la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento y fijado el día presuntivo de la muerte, se procederá a iniciar el juicio sucesorio del ausente(19)(1641), abriéndose el testamento del causante,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

si existiese, debiendo entregarse los bienes a los herederos o legatarios. El art. 28 de la ley 14394 ordena que antes de entregar los bienes deberá realizar un inventario, y la doctrina estima que la forma adecuada para ese inventario es la escritura pública(20)(1642). Si se tratase de bienes registrables, deberán efectuarse los asientos correspondientes, para indicar que el dominio ha pasado a poder del heredero o legatario a quien se le adjudica el bien, pero con la correspondiente «prenotación», que nos recuerda que durante el período de posesión provisional, el nuevo titular registral no puede enajenar ni gravar esos bienes sin autorización judicial. Dice al respecto el art. 28 de la ley 14394

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

Entendemos que si los herederos fuesen varios y el bien por su naturaleza no admitiese división, no podría realizarse todavía la partición, sino que el bien debería conservarse en condominio, sin enajenarlo, hasta el fin de la etapa de posesión provisional, para posibilitar su reintegro al ausente en caso de reaparición(21)(1643).

La llamada «prenotación» prolonga sus efectos durante cinco años a partir de la fecha fijada como día presuntivo del fallecimiento, o hasta el momento en que el ausente hubiese cumplido 80 años de edad, instante en que caducará la prenotación y se pasará a la etapa de la posesión definitiva (v. art. 30 de la ley 14394).

Si el ausente hubiese cumplido ya 80 años a la fecha de la sentencia que declaró su fallecimiento presunto, no corresponderá efectuar prenotación alguna, y los bienes se entregarán directamente en «posesión definitiva»(22)(1644)

Entendemos que el asiento denominado por la ley 14394 "prenotación", es un asiento complejo que se integraría, dentro del lenguaje técnico registral, por la conjunción de una «inscripción provisional» y una «anotación preventiva».

La «inscripción provisional» tiene como finalidad colocar la titularidad registral del dominio en cabeza del heredero, y está limitada por la «anotación preventiva», que hace conocer a todos que durante el período de «posesión provisional» el mencionado titular registral carece de las facultades de disposición y no puede enajenar ni gravar los bienes, salvo que cuente con autorización judicial expresa.

Por otra parte, el dominio así inscripto es un dominio imperfecto, ya que la mencionada titularidad puede quedar sin efecto de pleno derecho por la sola aparición del ausente (art. 30, ley 14394); en tal caso, la inscripción de dominio a favor del heredero deberá ser cancelada a petición de parte interesada, bastando a nuestro entender la presentación personal del ausente en instrumento público, como lo veremos luego.

La «anotación preventiva» de indisponibilidad, que integra el asiento, al igual que otras anotaciones registrales, caduca de pleno derecho al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

transcurrir el término de vigencia que la ley le fija, es decir los plazos establecidos por el art. 30 de la ley 14394. Por tal causa es conveniente que la sentencia que declara la ausencia con presunción de fallecimiento determine con exactitud el día en que el ausente debe cumplir los 80 años, si esa fecha vence antes de transcurridos cinco años a contar desde el día presuntivo del fallecimiento. Si no existe tal mención en la sentencia, la caducidad de la «anotación preventiva» se operará al cumplirse cinco años del día presuntivo del fallecimiento y producirá sus efectos de pleno derecho, sin que sea menester ninguna intervención del titular registral(23)(1645).

Al quedar sin efecto la «anotación preventiva», que limitaba las facultades de disposición del nuevo titular inscripto, éste adquiere la plenitud de las facultades que emergen de su dominio, y podrá disponer libremente de los bienes que le habían sido adjudicados como heredero o legatario, sin necesidad de ningún otro trámite.

¿ Qué problemas pueden plantearse al registrador y al notario en esta etapa?

a) Supongamos que, reaparecido el ausente, recupera la posesión de sus bienes y quiere disponer de ellos enajenándolos o gravándolos. Acude a un escribano, quien, al solicitar al Registro el informe respectivo, advierte que la titularidad registral se encuentra todavía a nombre del heredero, con la prenotación correspondiente a la etapa de posesión provisional. Pese a ello, el escribano autoriza el acto y presenta la escritura al Registro para su inscripción, incluyendo en el instrumento público una solicitud del ausente de que se cancele la inscripción a nombre del heredero. ¿Podría el registrador objetar este acto, por incumplimiento del tracto ?

Entendemos que no, pues el art. 29 de la ley 14394 es muy claro; en la etapa de posesión provisional, si el ausente reaparece o se tienen noticias ciertas de su existencia, la entrega de los bienes queda sin efecto de inmediato(24)(1646)y sin necesidad de otro trámite(25)(1647).

El instrumento público en virtud del cual el propio ausente realiza actos de disposición de sus bienes es la manera más efectiva de demostrar su reaparición, y su presentación al Registro tendrá como consecuencia la cancelación del asiento inscriptorio a nombre de sus herederos. y la reanudación del tracto a partir del anterior asiento de dominio.

Incluso en este caso estimamos que sería innecesaria la mención expresa en la escritura de que se solicita al Registro la cancelación de la inscripción provisional de los bienes a nombre del heredero, porque la sola presentación del ausente, realizando un acto de disposición, lleva implícita su voluntad de reasumir la titularidad que legalmente le corresponde.

Por supuesto que si el ausente no desea realizar ningún acto de disposición, y solamente se propone reasumir la titularidad registral, podría elegir otros caminos, como ser: a) la presentación ante el magistrado que declaró su ausencia, solicitando se oficie al Registro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para que deje sin efecto las inscripciones efectuadas a nombre de sus herederos o legatarios; o

b) La presentación directa ante el Registro, por medio de una escritura pública, en la que el reaparecido solicita la cancelación de las inscripciones a nombre de sus herederos. Creemos que en la etapa de la posesión provisional no sería necesario que el heredero que figura como titular inscripto concorra ante el escribano a prestar su consentimiento, pese a la disposición genérica en tal sentido del art. 36 de la ley 17801(26)(1648), pues debe prevalecer la disposición especial de la ley de ausencia, que en su art. 29 solamente requiere la "presentación" del ausente; pero debe exigirse la escritura pública, ya que los hechos que acceden al Registro deben llegar encarnados en un instrumento público. En este caso particular, el escribano daría fe de la presentación del ausente y de su propósito de reasumir la titularidad de sus bienes.

c) Si el registrador tuviese que calificar un documento por el cual el heredero o legatario que figuran como titulares registrales pretenden efectuar actos de disposición y no acreditan haber obtenido la correspondiente autorización judicial, deberá observar ese documento, pues ya hemos dicho que durante el período de «posesión provisional» no pueden efectuarse actos de disposición.

Ahora bien, si el juez hubiese acordado la autorización para el acto, el registrador no puede discutir su conveniencia; es cierto que, en nuestra opinión, el juez debería obrar con suma prudencia y no otorgar esas autorizaciones sino muy excepcionalmente(27)(1649), pero se trata de facultades discrecionales del magistrado, que el legislador ha dejado libradas a su prudente arbitrio, y que no pueden ser motivo de examen u observación por el registrador.

c) Posesión definitiva.

Si han transcurrido los términos fijados por el art. 30, la posesión provisional se transforma en definitiva, y el dominio del heredero se perfecciona ya que, automáticamente, adquiere la facultad de disposición sobre los bienes anotados a su nombre.

Es cierto que siempre ese dominio podría "resolverse" en caso de que el ausente reapareciese, pero en tal hipótesis el heredero sólo deberá entregar los bienes que todavía se encuentren en su poder y en el estado en que se hallasen. Dispone en tal sentido la primera parte del art. 32 (ley 14394)

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

Advertimos, además, que ya no es suficiente la sola reaparición del presunto fallecido, para que recobre de inmediato sus bienes, sino que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ahora debe «reclamarlos», es decir solicitar judicial o extrajudicialmente su restitución.

Desde el punto de vista registral, podemos señalar que al haber caducado la «anotación preventiva», la «inscripción» de la nueva titularidad registral que solamente era provisoria, se ha transformado en definitiva. En consecuencia, el ausente no podría realizar ningún acto, porque ya no es más titular registral, y faltaría el requisito del tracto sucesivo.

Para recobrar su titularidad no bastará la mera cancelación de la inscripción provisoria, sino que es necesario un nuevo asiento, que lo restablezca en su posición de titular registral, y esto concuerda con la exigencia de que peticione la restitución de sus bienes.

En este período, si el registrador debiese calificar un acto realizado por el ausente, mientras la titularidad de los bienes continúa a nombre de sus herederos o legatarios, tendría que rechazar el documento por no cumplirse con el requisito del tracto sucesivo.

Incluso, para evitar que los herederos o legatarios enajenen los bienes antes de que el juez ordene su restitución y se obtenga la nueva inscripción, el ausente debería solicitar que se anote preventivamente una «prohibición de disponer».

Ahora bien, normalmente el pedido de restitución de los bienes se ha de efectuar por vía judicial, pero no existe ningún obstáculo jurídico que impida realizarlo privadamente. En tal hipótesis bastaría con que el heredero o legatario que figuran como titulares registrales concurren, junto con el ausente reaparecido, ante un escribano y soliciten que se cancele la inscripción que dispuso el traspaso del dominio al heredero (v. art. 36 de la ley 17801). Aquí sí es indispensable el consentimiento del titular registral, porque su titularidad no era provisional, sino definitiva.

IV. CONCLUSIONES

- 1) La ausencia con bienes en estado de abandono no configura una incapacidad y, en consecuencia, no es necesario inscribirla en la sección de anotaciones personales.
- 2) La persona ausente con bienes en estado de abandono puede disponer libremente de su patrimonio, por sí o por medio de apoderado, y el registrador no debe objetar esos actos.
- 3) El curador del ausente con bienes en estado de abandono no tiene facultades de disposición y sólo muy excepcionalmente el juez podrá autorizar actos que afecten los bienes de estos ausentes.
- 4) La ausencia con presunción de fallecimiento da lugar a la apertura del juicio sucesorio y la transmisión de los bienes a los herederos o legatarios, que deben ser considerados como verdaderos propietarios.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Registralmente deberán inscribirse los bienes a su nombre.

5) Hay que distinguir en la ausencia con presunción de fallecimiento dos etapas: a) posesión provisional, y b) posesión definitiva. En la primera etapa la inscripción de dominio es «provisional» .y se completa con una «prenotación», es decir una «anotación preventiva», que prohíbe todo acto de disposición sin autorización judicial.

6) Si el ausente reaparece durante la etapa de posesión provisoria recupera automáticamente el dominio de sus bienes. Registralmente, la inscripción provisoria queda cancelada con la sola presentación del ausente; puede también petitionar la cancelación por vía judicial.

7) Transcurridos los plazos de posesión provisoria, la "anotación preventiva" caduca, y la inscripción de dominio a nombre de los sucesores del ausente, se transforma automáticamente en definitiva.

8) Si el ausente reaparece en la etapa de posesión definitiva, debe reclamar que se le restituyan los bienes. Registralmente, el pedido de cancelación de la titularidad de los sucesores, y de reinscripción del dominio a nombre del ausente, puede hacerse: a) por vía judicial; b) por presentación conjunta, en escritura pública, del titular registral y del ausente reaparecido.