000181/2015

Comodoro Rivadavia, de octubre de 2015.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"Z. CH. A. I. s/ DECLARACION DE AUSENCIA CON PRESUNCION DE FALLECIMIENTO", Expte. N° 181/2015**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución N° 2, Secretaría N° 4 (Expte. N° 132/2015), por haber interpuesto la parte actora: 1) recurso de reposición con apelación en subsidio contra la providencia de fs. 24, y 2) recurso de apelación contra la resolución de fs. 26.

I.- Conforme surge de fs. 18/20vta., la actora A. I. Z. Ch. promueve demanda a fin de obtener la declaración judicial de ausencia con presunción de fallecimiento de C. M. L., fijándose como día y hora presuntivo del fallecimiento el día 01 de diciembre de 2013 a las 24 hs. Narra hechos. Funda su acción en los arts. 23 inc. 2 y 27 inc. 3 y último párrafo de la Ley 14.394 y Código Civil. Ofrece Prueba. Peticiona se dicte sentencia.

El juez competente dicta la primera de las providencias impugnadas a fs. 24, ordenando publicar edictos por una vez en el "Boletín Oficial" y en el diario "Crónica" emplazando a C. M. L. para que dentro del término de cinco días comparezca a tomar la intervención que le corresponde en el proceso, bajo apercibimiento de designar a la Defensora Oficial para que lo represente.

La actora a fs. 25, interpone recurso de reposición con apelación en subsidio, por entender que la citación edictal ordenada responde al

requerimiento de declaración de ausencia simple y no al fallecimiento presunto, tal como demandó. Considera debió ordenarse la citación por edictos, una vez por mes, durante seis meses, sin perjuicio de haber solicitado su emisión por radiodifusión por la escasez de sus recursos. Cuestiona asimismo no haberse dado intervención al Defensor Público en su carácter de Defensor de Ausentes.

Ante dicha presentación, el magistrado de grado a fs. 26, dicta la segunda de las resoluciones cuestionadas, expresando: *"Toda vez que el peticionante no ha solicitado la ausencia con presunción de fallecimiento y sumado a ello el plazo a contar desde la supuesta ausencia no cuadra en ninguno de los supuestos que refieren los arts. 22 y 23 de la ley 14,394, revócase parcialmente el auto de fs. 24 y donde dice "… Téngase por promovida la acción de ausencia con presunción de fallecimiento … "debe leerse "… Téngase por promovida la acción de ausencia…" En cuando a la aplicación del art. 25 siendo que previamente debe citarse al presunto ausente en los términos del art. 18, a la revocatoria impetrada en este aspecto no ha lugar por improcedente".*

A fs. 41/43vta. expresa agravios la recurrente contra la precedente resolución en cuanto modifica el marco legal por el cual fue promovida la acción, en vez de adecuar la forma en que errónea e inicialmente se ordenó la publicación de edictos. Manifiesta que lejos de haber promovido la ausencia simple de L., ha sido clara en su planteo liminar dirigido a obtener la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, formulación acogida

correctamente en el proveído primigenio de fs. 24 aunque luego revocado. Transcurrió más de seis meses desde que sucediera el hecho sin noticias de L., razón por la que se peticionó su declaración de ausencia con presunción de fallecimiento en los términos del art 23 inc. 2 Ley 14.394. Considera que debió ordenarse la citación del ausente cuya presunción de fallecimiento se solicita, por edictos, una vez por mes, durante seis meses y dar intervención al Defensor Público en su carácter de Defensor de Ausentes. El perjuicio de tramitar una ausencia simple para luego tramitarla con presunción de fallecimiento, se verifica por la dilación innecesaria para el ejercicio de la acción a la que tiene derecho. Peticiona se revoquen las resoluciones impugnadas y se encuadre nuevamente el trámite de conformidad con las normas que regulan la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, se ordene la publicación de edictos conforme art. 25 Ley 14.394 y se de intervención al Defensor Público.

II.- Atento los antecedentes relatados y en atención a los agravios vertidos, cabe adelantar que la resolución de primera instancia obrante en fs. 26 no resulta derivación razonada de los términos de la acción instaurada.

En efecto, de la lectura del libelo introductorio, se advierte que A. I. Z. Ch., en su carácter de cónyuge de C. M. L., peticiona la declaración judicial de ausencia con presunción de fallecimiento del mismo y se fije como día y hora presuntivo del fallecimiento el día 01 de diciembre de 2013 a las 24 hs.

Relata hechos, destacando que el 01/12/2013 aproximadamente a las 19:00 hs, L. junto a dos amigos se adentraron en el mar, cada uno en un kayak, y desde entonces no se dio con el paradero de los mismos, siendo encontrados dos de los kayak a la deriva pero sin sus ocupantes. Los cuerpos nunca fueron hallados.

Ante tal petición, el juez tiene por promovida la acción de ausencia con presunción de fallecimiento ordenando publicación de edictos por una vez para que en el plazo de cinco días comparezca el presunto ausente. Recurrida la resolución en cuanto a la publicación dispuesta, el magistrado entiende no se ha peticionado ausencia con presunción de fallecimiento y que el plazo no encuadra en ninguno de los supuestos arts. 22 y 23 ley 14.394 (actuales 85 y 86 del CCyC), por lo que revoca el primer auto y tiene por promovida acción de ausencia simple.

Es preciso recordar, que la causa que hace presumir el fallecimiento de una persona es su ausencia del lugar de su domicilio o residencia, calificada por la falta de noticias durante lapsos más o menos prolongados según los casos (arts. 22 y 23 ley 14394; 85 y 86 del actual Código Civil y Comercial). No se toma en cuenta la voluntad del sujeto en la desaparición y, para el supuesto previsto por el art.85 CCyC de la ley citada, tampoco se requiere el acontecimiento de hechos extraordinarios como los contemplados en el art.86 CCyC, que asumen importancia para el cómputo del plazo, que es mucho menor ante la mayor probabilidad de la efectiva muerte del ausente. Y esto es lo que ha ocurrido en autos, a criterio de esta Alzada, cuando la actora relata los hechos que fundan su pretensión y cuando

funda su derecho en el art. 23 inc. 2° de la ley 14394 (actual art.86 inc. b) del CCyC).

Ahora bien, conforme lo expresado, entendemos que el reencuadre jurídico de la pretensión realizado por el a quo es desacertado y excede las facultades propias del principio iura novit curiae. Es que, doctrina especializada acertadamente ha interpretado que "En la identificación de la acción deberá el juez tener en cuenta los elementos de la misma (sujetos, causa y objeto) y que la aplicación del derecho no autoriza (aún respecto de los mismos sujetos) a variar la causa o el objeto, porque ello importaría una modificación de la demanda, que si no está permitida a las partes con mayor razón está vedado al juez. El principio iura novit curiae se refiere a la facultad del juez para suplir las fallas de derecho cometidas por los litigantes, pero no puede alterar los fundamentos de la legitimatio ad causam …" (cfme. Alsina H: Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Bs.As., Ediar 1957 2da. Edición, T II, p. 249 y 252).

Si la actora promueve demanda de ausencia con presunción de fallecimiento, el magistrado no puede encuadrar la acción como una simple ausencia sin violar el debido proceso, pues modificaría la petición. Debe limitarse al análisis de los requisitos de admisibilidad y procedencia del planteo deducido, no pudiendo reencuadrarlo jurídicamente.

Conforme lo analizado se admitirán los recursos de apelación deducidos, revocándose en todas sus partes la resolución de fs. 26 y parcialmente la providencia de fs. 24, ordenándose la publicación de edictos una vez por mes durante seis meses en el Boletín

Oficial, citando al ausente y procediendo a designarle Defensor Público (art. 88 CCyC).

III.- Por último, se advierte que erróneamente se ha caratulado el presente incidente con el nombre de la accionante, razón por la cual en la instancia de grado deberá subsanarse el error procediendo a recaratular la causa como sigue: **"L., C. M. s/ DECLARACION DE AUSENCIA CON PRESUNCION DE FALLECIMIENTO".**

IV.- Las costas de la Alzada, por no mediar contradicción y por tratarse de una decisión *ex officio*, se imponen por su orden en atención a la naturaleza del pleito (cfme. art.69 y cc. del CPr). A los fines de la regulación de honorarios se tendrá en cuenta -a efectos de determinar los porcentuales previstos por los arts. 13 de la Ley XIII N° 4- el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada, como asimismo el mínimo establecido por el art. 32 del citado ordenamiento legal.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1°) Hacer lugar al recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs.25/25vta. y en consecuencia revocar parcialmente la providencia de fs.24, ordenando publicar edictos una vez por mes durante seis meses en el Boletín Oficial, citando al ausente y procediendo a designarle Defensor Público que lo represente.

2°) Hacer lugar al recurso de apelación

interpuesto en fs.27, concedido en fs.40 y fundado en fs.41/44vta. y en consecuencia revocar la providencia de fs.26.

3°) Costas de la Alzada por su orden. Regular los honorarios profesionales del Dr. Helio Guillermo Alvarez, Defensor Público, en representación de la actora, por la labor desarrollada en esta instancia en la suma de dinero equivalente a TRES (3) jus.

4°) En la instancia de grado, recaratúlese la causa conforme lo dispuesto en el considerado pertinente.

5º) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2015
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS