

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure, surrounded by a wreath. The outer ring of the seal contains the Latin text "SICUT ERAS OMBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEM".

**LA INOPERANCIA DEL CARGO DE GUARDADOR EN LOS CASOS DE
DECLARACIÓN DE AUSENCIA**

VIRGINIA LÓPEZ FELIPE

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2019

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA INOPERANCIA DEL CARGO DE GUARDADOR EN LOS CASOS DE
DECLARACIÓN DE AUSENCIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

VIRGINIA LÓPEZ FELIPE

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, septiembre de 2019

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic.	José Miguel Cermeño Castillo
Vocal:	Lic.	Saúl Sigfredo Castañeda Guerra
Secretario:	Lic.	William Armando Vanegas Urbina

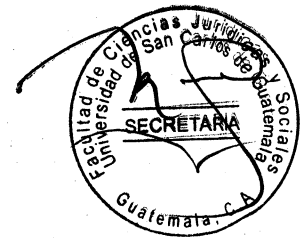
Segunda fase:

Presidente:	Licda.	Maida Elizabeth López Ochoa
Vocal:	Lic.	Carlos Alberto Cacéres Lima
Secretaria:	Licda.	Ileana Noemí Villatoro Fernández

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



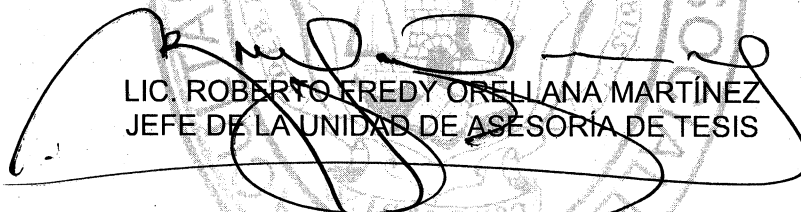
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
 Guatemala 09 de mayo de 2019.

Atentamente pase a el LICENCIADO TOBY ALEX GARCÍA, en sustitución del asesor propuesto con anterioridad LICENCIADO PABLO PUAC HERNÁNDEZ, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis de la estudiante VIRGINIA LÓPEZ FELIPE, carné:9614706 intitulado "LA INOPERANCIA DEL CARGO DE GUARDADOR EN LOS CASOS DE DECLARACIÓN DE AUSENCIA".

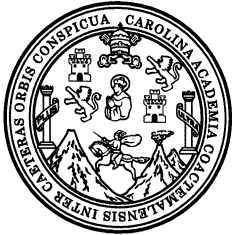
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para recomendar a la estudiante, si así lo estima conveniente la modificación del bosquejo preliminar de temas y de las fuentes de consulta originalmente contempladas, asimismo, el título del punto de tesis propuesto. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


 LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis, interesado y archivo
 RFOM/darao.





Bufete García y Asociados

LICENCIADO ALEX GARCÍA
Magister en Derecho Penal, Abogado y Notario
Cel.: 5786-3362 • axelgarcia_m@yahoo.es



Guatemala, 10 de mayo de 2019

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Roberto Fredy Orellana Martínez



Licenciado Orellana Martínez:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que de conformidad con la resolución por la cual se me nombró asesor de tesis de la bachiller Virginia López Felipe con número de carné 9614706, he procedido asesorar a la estudiante en el desarrollo de su tesis titulada: **“ LA INOPERANCIA DEL CARGO DE GUARDADOR EN LOS CASOS DE DECLARACIÓN DE AUSENCIA.”**

A este respecto y de conformidad con lo que establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, expresamente declaro que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley y para el efecto, me permito rendir a usted el siguiente informe:

En el contenido científico y técnico de la tesis, se analizan aspectos legales importantes y de actualidad, el tema aprobado desarrolla aspectos de que dan a conocer la inoperancia del cargo de guardador en los casos de declaración de ausencia en Guatemala.

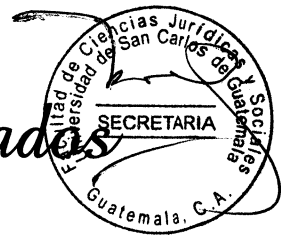
La metodología utilizada en la presente investigación, se manifestó en la aplicación práctica de los métodos científico, analítico y deductivo, propios de la investigación efectuada y para el efecto, la técnica utilizada fue de carácter bibliográfico y documental, por la diversidad de información existente en materia del guardador, así como la declaración de ausencia.

III. Con respecto a la redacción, ortografía y puntuación contenida en la presente investigación jurídica en el campo de jurisdicción voluntaria, ausencia, muerte presunta, así como el resguardo y la administración de los bienes del ausente, y la inoperancia del guardador en el proceso de declaración de ausencia y muerte presunta, presentada por la bachiller **Virginia López Felipe**, son acordes con las reglas contenidas en el Diccionario de la Lengua Española.



Bufete García y Asociados

LICENCIADO ALEX GARCÍA
Magister en Derecho Penal, Abogado y Notario
Cel.: 5786-3362 • axelgarcia_m@yahoo.es



IV. Con respecto a la contribución científica, la investigación presentada contiene una descripción a la problemática que conlleva la inoperancia del guardador en el proceso de declaración de ausencia y muerte presunta, así como de considerar que la misma solamente sea tramitada en jurisdicción voluntaria notarial y de esta manera evitar la mora judicial.

Con relación a la conclusión discursiva contenida en la presente investigación jurídica, esta es congruente con el plan de investigación aprobado en su oportunidad.

En cuanto a la bibliografía utilizada para el desarrollo de la presente investigación, ésta es afín al tema investigado, por lo que considero que la misma es suficiente ante la diversidad de información existente en Guatemala en materia de derecho civil y jurisdicción voluntaria.

Por los aspectos antes indicados, considero que la investigación presentada por la bachiller **Virginia López Felipe**, llena los requerimientos exigidos por esta casa de estudios superiores y en virtud de ello, emito **DICTAMEN FAVORABLE** con el objeto de continuar con el trámite académico respectivo.

Atentamente,

Licenciado
Toby Alex García
Abogado y Notario

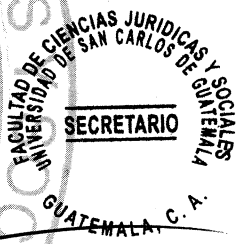
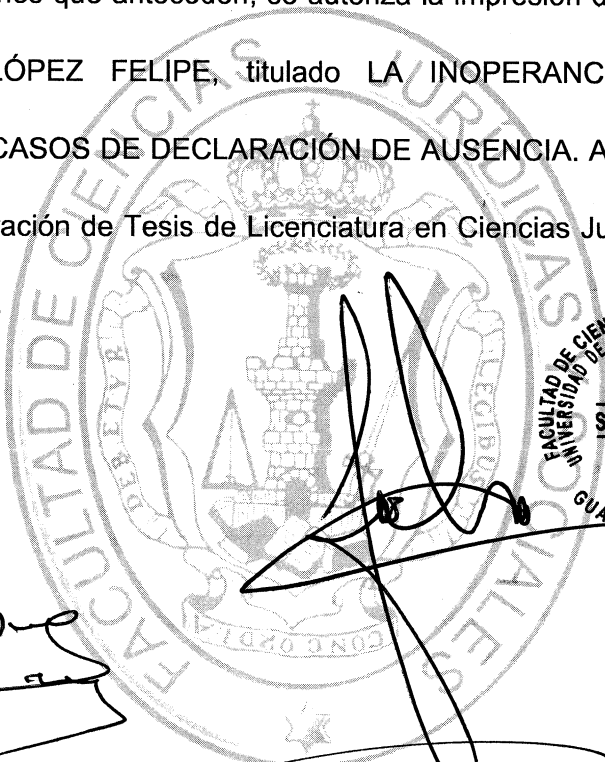
Magister Toby Alex García
Abogado y Notario
Colegiado No. 9699



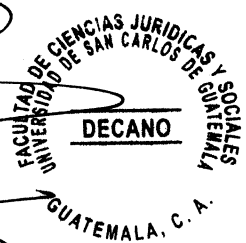


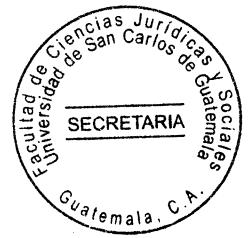
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 25 de julio de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante VIRGINIA LÓPEZ FELIPE, titulado LA INOPERANCIA DEL CARGO DE GUARDADOR EN LOS CASOS DE DECLARACIÓN DE AUSENCIA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



RFOM/JP.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la vida, sabiduría e inteligencia, guiar mis pasos, fortalecerme en los momentos de angustia, necesidad y preocupación y por haberme permitido llegar a este momento crucial de mi vida en mi superación académica.
- A MIS PADRES:** Vicente López Vásquez y Josefa Felipe y Felipe, son los seres más importantes en mi vida, son el instrumento de Dios para mi existencia en este mundo y por el cuidado que me brindaron durante mi niñez, adolescencia y aun en mi vida adulta.
- A MIS HERMANOS Y SOBRINOS:** Josefina, Vicente, Evelyn, Vanessa, Vincent y Adriana, por ser parte fundamental en mi crecimiento familiar.
- A MI HIJO:** Anddy Alexis Veliz López, tu ha sido el motivo por el cual cada día he decidido seguir adelante, eres mi pilar eres mi ángel, eres mi inspiración, gracias por apoyarme en este camino de superación.
- EN ESPECIAL A:** Jorge Leiva, por estar siempre a mi lado, por tanta paciencia, comprensión y apoyarme incondicionalmente en este camino tan difícil.
- A MIS AMIGOS:** Ara Johanna, Dinora, Roselia, Guadalupe, Kimberly, Jennifer Rocio, Paola de los Ángeles, Iris y Marvin Yobani gracias por brindarme su amistad.
- A USTED:** Por acompañarme en tan glorioso acto.
- A LOS LICENCIADOS:** Toby Alex García y Carolina Luisa Margarita Ramírez Pazos, que en su momento fueron instrumento de mi vida profesional y quienes con su apoyo de asesorías y sabias enseñanzas me ayudaron a aumentar mis conocimientos académicos.
- A:** La honorable Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme brindado los conocimientos necesarios que me permitieron alcanzar mi triunfo.

ÍNDICE



Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Jurisdicción voluntaria	1
1.1 Aspectos generales de la jurisdicción	1
1.2 Antecedentes de la jurisdicción voluntaria	5
1.3 Definición de jurisdicción voluntaria	8
1.4 Principios de la jurisdicción voluntaria	10
1.5 Caracteres	15

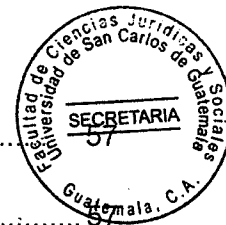
CAPÍTULO II

2. La ausencia	17
2.1. Origen histórico	17
2.2. Definición	21
2.3. Efectos de la ausencia	24
2.4. Clases de ausencia	27
2.5. Trámite para declarar la ausencia	30

CAPÍTULO III

3. La muerte presunta	39
3.1 Origen Histórico	39
3.2. Definición	41
3.3. Efectos de la muerte presunta	44
3.4. Trámite para declarar muerte presunta	49
3.5. Suspensión de la muerte presunta	51

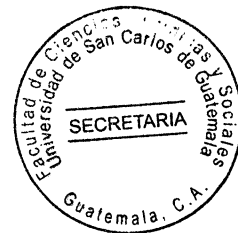
CAPÍTULO IV



4. El resguardo y la administración de los bienes del ausente.....	
4.1. Generalidades.....	
4.2. Definición	59
4.3. Quienes pueden ser guardador de los bienes del ausente	61
4.4. Trámite para solicitar el nombramiento del guardador y administrador	62
4.5. Facultades y atribuciones del guardador y administrador de los bienes del ausente.....	64
4.6. Derechos del guardador de los bienes del ausente	66
4.7. Obligaciones del guardador y administrador de los bienes del ausente.....	67
4.8. Extinción del cargo de guardador de los bienes del ausente	69

CAPÍTULO V

5. La inoperancia del guardador en el proceso de declaración de ausencia y muerte presunta.71	
5.1. Generalidades.....	71
5.2. Diferencias y similitudes entre guardador y el administrador de los bienes del ausente73	
5.3. Análisis del trámite de declaración de ausencia y muerte presunta	76
5.4. Motivos a considerar inoperante la figura del guardador de los bienes del ausente	80
5.5. Proyecto de ley de reforma al Código Civil	82
CONCLUSIONES DISCURSIVAS	89
BIBLIOGRAFÍA	91



INTRODUCCIÓN

De conformidad con las leyes guatemaltecas, la capacidad es el ejercicio de los derechos civiles y se adquieren por la mayoría de edad. La capacidad de goce es la idoneidad que tiene una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones, la capacidad de ejercicio es la idoneidad de una persona para ejercer personalmente tales derechos y cumplir las obligaciones, la personalidad comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo, cuando existe ausencia la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuya paradero se ignora, la legislación guatemalteca regula un procedimiento para la declaratoria de ausencia y posteriormente la muerte presunta, dicha declaratoria de ausencia tiene dos objetos, el primero, es para nombrar defensor judicial al ausente, para los casos en que deba responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio, la segunda, es para nombrar guardador y administrador de los bienes del ausente.

La problemática que ocupará la investigación, es la inoperancia de la figura del guardador en los casos de declaratoria de ausencia, toda vez que las funciones que la ley otorga al guardador son las mismas que se le faculta al administrador, sin embargo, de conformidad con la ley es necesario primero nombrar un guardador, que no puede ser pariente y posteriormente nombrar al administrador que si puede ser pariente, retardando con ello el objeto perseguido que es la de declarar la ausencia y luego la muerte presunta, para entrar en posesión definitiva de los bienes del declarado muerto presunto.

La hipótesis, planteada en la presente investigación jurídicas fue con respecto a la forma en que se encuentran regulados los proceso de declaratoria de ausencia y muerte presunta, la figura del guardador de los bienes del ausente resulta inoperante y provoca el retardo de dicho proceso, toda vez que este realiza las mismas facultades que el administrador, no puede ser pariente del ausente y debe ser nombrado antes de pedir la administración de los bienes por los parientes, por lo que es necesario regular en el



Código Civil que, decretada la ausencia, se nombre inmediatamente al administrador de los bienes, excluyéndose de esa manera la figura del guardador.

Los objetivos presentados en el estudio jurídico, fueron aportar los elementos de juicio que determinen la necesidad de reformar el Código Civil en el sentido de eliminar la figura del guardador de los bienes del ausente para que se nombre inmediatamente declarada la ausencia, la administración de los bienes por parte de los parientes, con el fin de no retardar el proceso de declaratoria de ausencia y muerte presunta, así como determinar la inoperancia del guardador de los bienes del ausente en los procesos de ausencia y muerte presunta.

La tesis se divide en cinco capítulos, para el efecto, el primero trata sobre la jurisdicción voluntaria; en el segundo se hace referencia a la ausencia; en el tercero, a la muerte presunta; en el cuarto, lo relativo a la administración y resguardo de los bienes del ausente; y en el quinto se presenta lo relativo a la inoperancia del cargo del guardador en el proceso de declaración de ausencia y muerte presunta.

Los métodos utilizados fueron el deductivo, con el cual se inició con la forma en que se encuentra regulado el trámite de la declaratoria de ausencia y muerte presunta y así determinar la función del guardador de los bienes del ausente; con analítico, el cual sirvió para aplicar la normativa legal existente; el descriptivo, el cual se usó para demostrar la participación del guardador de los bienes del ausente; y el sintético, el cual se empleó para plantear las conclusiones y recomendaciones. La técnica utilizada fue la bibliográfica.



CAPÍTULO I

1. Jurisdicción voluntaria

Es importante señalar con respecto a la jurisdicción voluntaria, que por medio de esta se da a conocer la función que tienen los órganos jurisdiccionales de conocer y resolver, sin forma de juicio opuesto, es decir, que no haya oposición de ninguna de las dos partes, sobre determinados asuntos que se encuentran establecidos en la ley de la materia.

1.1. Aspectos generales de la jurisdicción

Se consideró de interés, antes de iniciar a profundidad con la jurisdicción voluntaria, determinar en sí qué es la jurisdicción, así como la importancia de la misma, para así comprender de una mejor manera lo relativo al tema objeto de análisis.

La palabra jurisdicción tiene varios significados, para el efecto, se hace referencia a lo siguiente: “Como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnica de función pública de hacer justicia.”¹

Con respecto a la cita anterior, se indica en lo relativo a la jurisdicción como ámbito territorial, es decir, cuando se realizan actos ya sea en otra circunscripción o departamento esta debe llevarse a cabo por un juez distinto.

¹ Couture, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Pág. 27.



En lo que respecta a la jurisdicción como competencia, se debe tener claro que ~~estos~~ no son sinónimos, pues desde tiempo atrás se tendía a pesar que estas eran iguales, situación que no es así, pues todos los jueces tienen jurisdicción pero no todos tienen competencia, ya que esta última hace énfasis a la materia en la cual se especializan los jueces, de allí deviene la gran diferencia que existe entre ambas.

También se hizo énfasis en la cita anterior, a la jurisdicción como poder, esto debido a que se ha llegado a considerar que se está refiriendo a la autoridad o poder que tienen determinado órganos públicos, en especial los del poder judicial, sin embargo, se debe tener presente que la jurisdicción es un poder-deber, esto debido a que de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, el Organismo Judicial tiene la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.

Por otra parte, se encuentra lo relativo al a jurisdicción como función, en especial porque se debe comprender que no toda función judicial es también función también lo será jurisdiccional, pues esto dependerá más que todo de la materia en que se encuentre el conflicto.

Para comprender de una mejor manera lo relativo a la jurisdicción, se considera de importancia el definirla y comprender cuál es la función de esta en forma general, para el efecto, se indica lo siguiente: "Función pública realizada por órgano competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y



controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.”²

Derivado de lo anterior, se establece que la jurisdicción, es más que todo una función y no un poder, pues por medio de ella se dan a conocer las responsabilidades y obligaciones por parte de los órganos jurisdiccionales, asimismo, se debe dar a conocer la idoneidad de los jueces, para lo cual deben demostrar su imparcialidad, pues la finalidad esencial de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho.

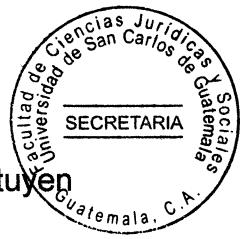
Asimismo, se debe tomar en cuenta con respecto a la jurisdicción que esta tiene varios tipos dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

- Jurisdicción contenciosa: Antes de iniciar con el tema objeto de análisis se debe tener presente que: “El juicio es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces.”³ Cuando se hace mención a este tipo de jurisdicción, más que todo se está haciendo referencia a la existencia de un conflicto, mismo que puede surgir entre particulares o entre un particular y el Estado, para lo cual es necesaria la intervención de un tercero, es decir, un juez competente.

Se debe tomar en cuenta que el juez debe tener conocimientos en la materia, cuantía, territorio y grado, pues estos son aspectos que se deben tomar en cuenta para ejercer

²Ibíd. Pág. 40.

³Ibíd. Pág. 45.



se debe considerar que lo típico de la jurisdicción contenciosa es que se constituyen procesos jurisdiccionales en sentido estricto.

- Jurisdicción disciplinaria: "Es la que se practica dentro del campo de las funciones administrativas normas, cuando un funcionario o empleado público que ejerce un cargo que conlleva cierta autoridad aplica una sanción, con base en la normativa vigente, ya sea a un particular (administrado) o bien a un empleado público (subordinado). También comprende la jurisdicción disciplinaria, en última instancia, el derecho penal, además del administrativo."⁴

Se debe comprender que lo órganos jurisdiccionales se guían por la ley y en la misma se determina la jurisdicción disciplinaria, es decir, se da a conocer cuando un empleado o funcionario público comete faltas en sus labores, pues lo que se buscan ante todo es determinar un orden, así como establecer una jerarquía y una subordinación la cual se debe respetar a cabalidad.

- Jurisdicción voluntaria: Dentro de los distintos tipos de jurisdicción, se encuentra la voluntaria, la cual es esencial en la presente investigación y es por ello que se decidió realizar un capítulo completo de esta. Pues ante todo se debe tener presente que este es un procedimiento judicial seguido sin oposición de las partes.

⁴ Alvarado Sandoval, Ricardo y José Antonio Gracias González. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria en Guatemala.** Pág. 4.



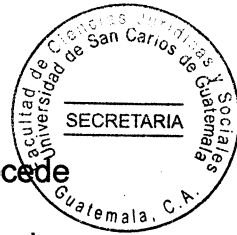
Como se dio a conocer la jurisdicción en general, es de gran interés, y la misma abarca varios ámbitos jurídicos, sin embargo, existe una gran diferencia con lo relativo a la jurisdicción voluntaria ya que ante todo el presupuesto de esta es la ausencia de litigio entre las partes.

1.2. Antecedentes de la jurisdicción voluntaria

La expresión *iurisdictio voluntaria* aparece utilizada como novedad en el Libro I de las Instituciones de Marciano y su mención se encuentra con posterioridad recogida en el Digesto de Justiniano, D., 1.16.2 señalando para el efecto, lo siguiente: “La jurisdicción voluntaria se ejerce por los procónsules o gobernadores provinciales, incluso fuera del ámbito de su jurisdicción, desde el momento en que salen de Roma y hasta que llegan a la provincia de destino. Una vez en su provincia, el procónsul tiene tanto jurisdicción voluntaria como contenciosa.”⁵

Como se puede observar en los primeros siglos de existencia de Roma existió el fundamento social y jurídico de lo que en la historia del derecho, se denomina *iurisdictio voluntaria*, misma que comprende aquellos supuestos en que el magistrado dotado de *imperium* interviene ejercitando su actividad *inter volentes*, entre particulares que libre y naturalmente acuden a él reclamando dicha intervención, previo acuerdo entre ellos sobre el resultado de la misma.

⁵ Fernández Egea, María Ángeles. **La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio.** Pág. 17.



Para el efecto, se indica lo siguiente: “La denominación jurisdicción voluntaria procede del derecho romano para denotar la intervención oficial en determinados negocios jurídicos. Ante la falta de otras instituciones aptas para la consecución de dicha finalidad, ésta se encomendaba a los Magistrados.”⁶

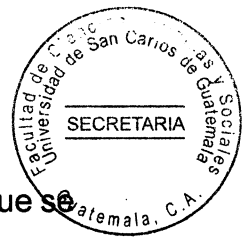
Debido a lo anterior, las partes iniciaban un proceso simulado con la finalidad de llegar a un negocio, pues la pretensión era de documentar el acto o negocio jurídico en forma fehaciente y dotarlo del carácter definitivo, inatacable y vinculante propio de las resoluciones judiciales.

Los juicios fingidos antes descritos, fueron el origen de la atribución a los jueces de la competencia en materia de jurisdicción voluntaria, pues estos se desenvolvían a través del instituto de la *in iure cessio*; la cual se desarrollaba a través de fórmulas solemnes y simbólicas las cuales se denominaban *legisactiones*, es decir, la acción por apuesta, que constituía el procedimiento más antiguo conocido en derecho romano, para el efecto se indica: “La misma se remontó a la época arcaica y extendió su vigencia en el tiempo hasta el año 17 A.C cuando, en virtud de las *leges luliae iudiciorum privatorum*, son sustituidas por el procedimiento formulario.”⁷

En el derecho romano, no se comprendía a la jurisdicción como se entiende en la actualidad, pues solamente se enfocaba a la actividad que desarrollaba el magistrado,

⁶ Prieto-Castro y Ferrándiz, Leonardo. **Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares.** Pág. 177.

⁷ Panero Gutiérrez, Ricardo. **Derecho romano.** Pág. 188.



incluso lo que se veía era la función que este ejercía en el cumplimiento del poder que se le daba.

Interesante señalar que: “Al final de la época justiniana o imperial, en la que el ámbito de la jurisdicción voluntaria es cada vez más amplio, aparecen los que se consideran como precedentes del actual Notario, los tabelliones, profesionales dedicados a redactar actos jurídicos de los particulares.”⁸

En la Edad Media se empiezan a atribuir competencias en materia de jurisdicción a los notarios por su especial vinculación con los jueces y tribunales, primero, como profesionales adscritos a los tribunales laicos y eclesiásticos y luego como titulares de juzgados, los llamados *iudices chartularii* que eran los funcionarios que daban validez a documentos, mediante un supuesto pleito que adquiría así el carácter público.

Fue a través del tiempo que los funcionarios arriba mencionados fueron obteniendo la función de autorizar contratos entre partes y así fue cambiando su actividad, es por ello que se debe tomar en consideración lo siguiente: “Esta nueva ficción legal, unida al hecho de que en la Edad Media los escribanos o notarios tienen la cualidad de funcionarios públicos fungibles con el juez, permite que se siga hablando de jurisdicción voluntaria para referirse a actos que no implican el ejercicio de actividad jurisdiccional propiamente dicha.”⁹

⁸ Liébana Ortiz, Juan Ramón. **Principales novedades de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria.** Pág. 6.

⁹*Ibid.* Pág. 7.

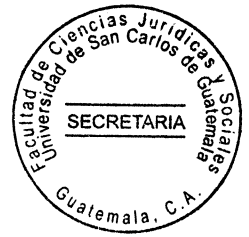


Fue con la llegada del Estado moderno que se dieron a conocer varias disposiciones jurídicas, las cuales tenían como finalidad esencial el poder adaptar la actividad que ejercían los funcionarios a la nueva época, para el efecto, se hace referencia a lo siguiente:

“Las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484 encargadas por los Reyes Católicos a Alfonso Díaz de Montalvo; la Nueva Recopilación promulgada bajo el reinado de Felipe II en 1567; y finalmente, la Novísima Recopilación promulgada en una Real Cédula de 1805. La regulación y contenido de la jurisdicción voluntaria no se ve afectada de forma sustancial por la labor recopiladora llevada a cabo a lo largo de los siglos XV a XIX, sino que sigue rigiéndose fundamentalmente por las normas contenidas en las Partidas, aún vigentes al no haber sido derogadas expresamente por ninguna de las recopilaciones. A pesar del esfuerzo recopilador, la dispersión existente en la regulación de las diferentes instituciones jurídico-procesales demanda, ya a mediados del siglo XIX, una adecuada compilación de la normativa vigente inspirada en los principios contenidos en las Siete Partidas.”¹⁰

La designación jurisdicción voluntaria, se ha seguido utilizando en el derecho moderno, no sólo en la normativa guatemalteca, sino también en parte de la regulación civil y procesal de otros países, la misma ha hecho énfasis a los procedimientos que se realizan fuera de los tribunales, es decir, los que no tienen litigio entre las partes, pues más que todo los trámites se realizan por mera voluntad de las mismas.

¹⁰ De La Cruz Lagunero, José Manuel. **Jurisdicción voluntaria y función notarial**. Pág. 337.



1.3. Definición de jurisdicción voluntaria

A continuación se presentan algunas definiciones sobre la jurisdicción voluntaria, esto con la finalidad de dar a conocer los distintos criterios que tienen los autores con respecto al tema objeto de análisis.

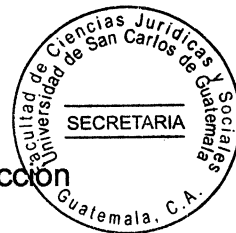
Con respecto a la jurisdicción voluntaria se hace mención a lo siguiente: “Es la caracterizada por no existir controversia de partes, ni exigir siquiera su dualidad. La jurisdicción contenciosa es por eso su antítesis procesal.”¹¹

Derivado de lo antes señalado, se debe comprender ante todo, que todo procedimiento que se realice en jurisdicción voluntaria, debe estar exento de conflicto, ya que las partes quieren solucionar algún acto jurídico y lo hacen de forma voluntaria, lo cual conlleva a que este sea más rápido y a la vez se beneficia a ambas partes.

Por otra parte, se hace mención con respecto a la jurisdicción voluntaria: “Constituye una serie de procedimientos, reconocidos y amparados en ley, en los que no hay Litis, y que de manera potestativa, al requerimiento del o los promovientes puede tramitarse y resolverse en forma judicial o notarial, a efecto de dar certeza en diversidad de situaciones jurídicas, que corresponden a la acepción del negocio jurídico en sentido amplio, pero que no adquieren la calidad de cosa juzgada.”¹²

¹¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 410.

¹² Alvarado Sandoval, Ricardo y José Antonio Gracias González. **Op. Cit.** Pág. 9.



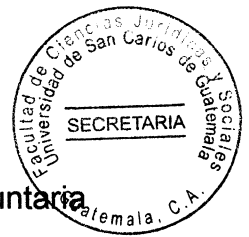
Ante todo se debe tener presente, que todo procedimiento que se realice en jurisdicción voluntaria, debe cumplir con determinados requisitos, es decir, el hecho de que esta la realice un notario no quiere decir, que está libre de dar cumplimiento a la normativa de la materia, es por ello la importancia de conocer la normativa que regula el tema objeto de análisis.

1.4. Principios de la jurisdicción voluntaria

En lo que respecta a los principios fundamentales la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, establece que son siete, mismos que se describen a continuación:

- Principio de consentimiento unánime: De conformidad con la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en el Artículo 1 se regula: “Para que cualquier asunto de los contemplados en esta ley pueda ser tramitado ante notario, se requiere el consentimiento unánime de todos los interesados. Si alguna de las partes, en cualquier momento de la tramitación, manifestare oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal correspondiente.”

Como se ha indicado anteriormente, para exista la jurisdicción voluntaria, es esencial que haya acuerdo entre las partes, es por ello que la misma ley de la materia establece cuales son algunos de los requisitos que se deben cumplir con



respecto a este, y uno de ellos es que al no existir acuerdo, es decir, que de voluntaria se convierta en contenciosa, entonces el notario tiene derecho a cobrar sus honorarios, pues este cambio no es debido a la función del profesional del derecho sino al conflicto que se suscite entre las partes, tal arancel se encuentra regulado en el Código de Notariado, específicamente en los artículos 106 al 109, también se debe tomar en cuenta el Decreto 111-96 del Congreso de la República, que contiene el Arancel de Abogados, Árbitros, Procuradores, Mandatarios Judiciales, Expertos, Interventores y Depositarios.

- Principio de constancia de las actuaciones y resoluciones: En el Artículo 2 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, se hace referencia a: "Todas las actuaciones se harán constar en acta notarial, salvo las resoluciones que serán de redacción discrecional, pero debiendo contener: la dirección de la oficina del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario. Los avisos y publicaciones deberán llevar la dirección de la oficina del notario."

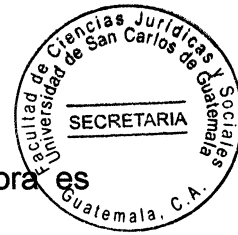
Para dar cumplimiento al principio de constancia de las actuaciones y resoluciones, el notario debe realizar los asuntos de jurisdicción voluntaria en un acta notarial, así como observar el contenido de los Artículos 60, 61 y 62 del Código de Notariado guatemalteco, asimismo, se debe tener presente que el propósito de consignar la dirección de la sede profesional, más que todo consiste en facilitar la posible oposición que pudiera darse entre las partes.



- Colaboración de las autoridades: El Artículo 3 de la ley objeto de análisis regula lo siguiente: “Los notarios por medio de oficio podrán requerir de las autoridades la colaboración que sea necesaria, a fin de obtener los datos e informes que sean indispensables para la tramitación de los expedientes; cuando no le fueren proporcionados después de requeridos tres veces, podrán acudir al Juez de Primera Instancia de su jurisdicción para apremiar al requerido.”

De conformidad con la ley de la materia, los notarios tienen el apoyo de las autoridades, cuando este les solicite alguna clase de información, dentro de estas se encuentran jueces, trabajadores sociales adscritos a tribunales de familiar, registradores de la propiedad y civiles, así como el Procurador General de la Nación.

- Principio de audiencia a la Procuraduría General de la Nación: En el Artículo 4 de la normativa antes citada, se hace referencia a lo siguiente: “En los procesos que esta ley disponga será obligatoria la audiencia al Ministerio Público, el que deberá evacuarla en el término de tres días, antes de dictar cualquier resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado. El notario podrá recabar la opinión del Ministerio Público en los casos de duda o cuando lo estime necesario. Cuando la opinión del Ministerio Público fuere adversa, el notario, previa notificación a los interesados, deberá enviar el expediente al tribunal competente para su resolución.”



De conformidad con el Decreto 25-97 del Congreso de la República, ahora es Procuraduría General de la Nación, dicha entidad debe emitir un dictamen, mismo que es vinculante, es decir, obliga a que se respete y se toma como oposición, por lo que el asunto se vuelve contencioso, a efecto de que, en definitiva resuelva el juez competente que corresponda.

- Principio que establece el ámbito de la ley y opción al trámite: “Esta ley es aplicable a todos los asuntos cuya tramitación notaria se permite en los siguientes artículos, sin perjuicio de que también pueda tramitarse ante notario los casos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil. Los interesados tiene oposición a acogerse al trámite notarial o judicial, según lo estimen conveniente y, para la recepción de los medios de publicación, deben de observarse los requisitos que preceptúa el Código Procesal Civil y Mercantil. En cualquier momento la tramitación notarial puede convertirse en judicial o viceversa. En el primer caso, el notario debe enviar el expediente al tribunal que sea competente. En todo caso, puede requerir el pago de sus honorarios profesionales.”

La misma normativa determina cuales son los casos que se pueden tramitar ya sea en sede judicial o notarial, esto debido a que no todos encuentran en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, por ejemplo la identificación de persona.

- Principio de inscripción en los registros: En la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, específicamente en el Artículo 6 se establece: “Para la inscripción de cualquier resolución notarial en los registros públicos de documentos y actos jurídicos, será suficiente la certificación notarial de la resolución, o fotocopia o fotostática autentica de la misma. Tal certificación o reproducción será enviada en duplicado por el notario, con aviso, a fin de que el origina se devuelva debidamente razonado.”

Los asuntos de jurisdicción voluntarias al haber sido terminados, para que estos puedan surtir efecto legal, y darle la certeza jurídica, así como la validez y permanencia deben ser inscritos en los registros respectivos.

- Principio de expediente al Archivo General de Protocolos: En el Artículo 7 de la ley antes citada regula: “Una vez concluido cualquier expediente, el notario deberá enviarlo al Archivo General de Protocolos, institución que dispondrá la forma en que se archive.”

Importante señalar, que de los veintiún asuntos de jurisdicción voluntaria que conoce el notario en Guatemala, en el único que no se remite el expediente fenecido al Director del Archivo General de Protocolos, para su conservación y custodia, es el de la declaratoria de ausencia, y es debido a que el trámite es mixto, el expediente queda en poder del órgano jurisdiccional y este lo remite, como cualquier otro asunto que se hubiera conocido.



Los anteriores son los principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria, mismos que se deben cumplir a cabalidad tal y como lo establece la ley de la materia.

1.5. Caracteres

Se debe comprender que la jurisdicción voluntaria se caracteriza por la ausencia de conflicto entre las partes, así como de la actuación de los órganos del Estado, para el efecto se hace referencia a las siguientes características.

- a) Se ejerce intervolentes, o sea que se debe a la concurrencia voluntaria de parte o se desarrolla entre personas que están de acuerdo.
- b) Su procedimiento carece de uniformidad y repetición, acomodándose a la naturaleza de los actos que la provocan.
- c) La prueba que se rinde no está sujeta al requisito de citación.
- d) La necesidad de oír a la Procuraduría General de la Nación, cuando pudieran resultar afectados intereses públicos o se haga relación a personas incapaces o ausentes.
- e) La resolución final no puede impugnarse mediante casación; y
- f) Las resoluciones no pasan en autoridad de cosa juzgada, lo que abre la posibilidad de su revisión en la vía contenciosa.”¹³

Son varios los aspectos que conllevan a que la jurisdicción voluntaria sea de gran responsabilidad para los notarios, ya que son ellos quienes deben tener un gran

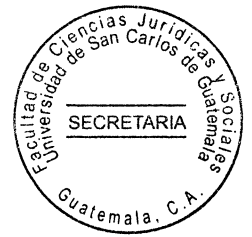
¹³ Muñoz, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial.** Pág. 4.



cuidado en el cumplimiento de las normativas respectivas, y actuar conforme a las mismas, en especial porque es un procedimiento que se caracteriza por la no existencia de litigio, sino más bien por propia voluntad de las partes.

En este capítulo, se hizo referencia a la jurisdicción voluntaria, tomando en consideración que era esencial dar a conocer al lector la importancia de la misma, en especial porque el procedimiento de la ausencia también se puede realizar por esta vía o en su caso en la judicial.

Debido a lo anterior, se consideró indispensable analizar un capítulo específico sobre la jurisdicción voluntaria, y así determinar aspectos tanto legales como doctrinarios en cuanto a la función de esta en la solución de aspectos legales como lo es la declaratoria de ausencia.



CAPÍTULO II

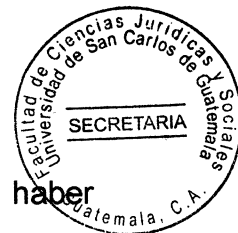
2. La ausencia

Es el estado en que se encuentra una persona de la cual se ignora su paradero, además, que se considere su desaparición incierta, es decir, que se desconoce que haya sido víctima de algún accidente, enfermedad o delito. Por lo tanto, es ausente quien se halle fuera de la república y tiene o ha tenido en ella su domicilio.

2.1. Origen histórico

La ausencia, es una institución de la cual los civilistas no tienen mucha información, sin embargo, se encuentra algunas disposiciones aisladas sobre la misma, tal como lo indica el autor: “En el Derecho romano no existió una doctrina sistemática sobre la ausencia, sólo aisladamente se encuentran algunas disposiciones como en el *ius postliminii* y en algún cuerpo legal como, el Digesto. La característica del derecho romano, estriba en que no se presumía muerta a una persona mientras no se probase, y por tanto no se abría sucesión hereditaria, se entregaba los bienes a los herederos sin perjuicio de los derechos del ausente. Mientras duraba la ausencia parece aceptable la hipótesis de creer que se nombraría un curador especial: *curator bonorum*.”¹⁴

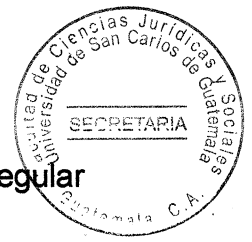
¹⁴ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 310.



Por el contrario, en el Derecho germánico, se presumía la muerte después de haber transcurrido un lapso de tiempo relativamente breve. Parece ser que no se establecía cura tutela de bienes, sino que éstos se entregaban en plena potestad a los parientes más cercanos, lo entregado constituyó una posesión especialísima, que luego se consolidaba por el transcurso del tiempo.

Asimismo, durante la edad media varias circunstancias como las cruzadas y las constantes guerras, contribuyeron a que constantemente se dieran los supuestos de la ausencia y no se encontró una doctrina sistematizada en el derecho romano, para lo cual se idearon algunas soluciones, como la formulada por los estatutarios de la presunción de muerte, transcurridos cien años.

Es así que en el siglo XVI los jurisconsultos italianos sistematizaron la ausencia, lo que ha servido de inspiración para las legislaciones modernas. Además: "En la historia del Derecho español se hace referencia a las leyes de partidas (la Ley 12, Título XI, Partida 3ª de índole más procesal que civil, ordena el nombramiento de un curador o administrador para los bienes del ausente cuando éste fuera demandado), establecía que si el ausente se marchó a tierras lejanas y existía fama pública de que ha muerto, bastaba diez años de ausencia; pero si marchó a tierras cercanas donde no era difícil averiguar la verdad directamente y la fecha de la muerte o si la ausencia no excedía de cinco años, entonces no basta la prueba de fama pública. Otra ley ordenaba que se proveyese de curador al ausente cuando fuera demandado. Cuando se empezó a



codificar las leyes, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, consagró un título a regular la administración de bienes del ausente.”¹⁵

Asimismo, el autor señala que: “Modernamente existen dos sistemas legislativos: El sistema latino o francés deviene de las concepciones del Código de Napoleón, en el que se distinguió tres períodos en la ausencia: el de presunción de ausencia, ausencia declarada con posesión provisoria y la posesión definitiva. Durante el período de presunción de ausencia se toman sólo medidas provisionales; en la ausencia declarada se entregan los bienes a determinadas personas. Finalmente al llegar a la posesión definitiva es necesario el transcurso de determinados plazos que, precisamente por tener una extensión excesiva, hacía la institución arcaica e inservible.”¹⁶

Por lo tanto, en el sistema germánico, que fue recogido por el código alemán y el suizo, se distingue la simple ausencia material, (falta de presencia) de la desaparición. En la simple ausencia material, el derecho alemán posibilita las medidas provisionales nombrándose una especie de curador de los bienes. En la desaparición propiamente llamada ausencia, distingue entre la simple desaparición y la desaparición con peligro grave para la vida del individuo, lo que se llamaba ausencia cualificada.

Por lo tanto: “En la simple desaparición, transcurrido el plazo de diez años, habría de declararse como presunto muerto, (la declaración podía hacerse hasta que terminaba el año en que el desaparecido hubiera cumplido 31 años), plazo que se redujo a cinco

¹⁵Ibíd. Pág. 10.

¹⁶Ibíd. Pág. 311.



cuando se trata de personas ancianas mayores de 70 años y por consiguiente con menos posibilidades de subsistir. En caso de ausencia cualificada, se reducen aún los plazos; así, en los casos de guerra y siniestro, el plazo es de tres años y en los de desaparición por naufragio, el de un año a contar desde la catástrofe.”¹⁷

En la legislación civil guatemalteca, la figura de la ausencia fue regulada por primera vez en el Código de 1877, en el cual se consideraba ausente al individuo cuyo paradero se ignoraba o se encontraba fuera de la república, aspectos que pasan sin mayor modificación al Código Civil contenido en el Decreto 1932 del Congreso de la República, habiendo tomado como fundamento para su regulación el sistema alemán que vino a absorber al sistema francés.

Sin embargo, la legislación civil vigente en Guatemala, regula la figura de la ausencia en la misma forma que los códigos anteriores con algunas modificaciones, como las siguientes: Los plazos legales para la posesión provisional y definitiva de los bienes del ausente en el Código de 1877 regulaba que los herederos podían pedir la posesión provisional de los bienes del ausente si no se tenían noticias del mismo durante tres años, en la misma forma se regulaba en el Código Civil de 1933, sin embargo, en el código civil actual se puede denunciar la ausencia y solicitar el nombramiento de guardador de los bienes del ausente o la administración por los parientes en cualquier momento y siempre que la misma haya sido declarada judicialmente.

¹⁷Ibíd. Pág. 312.

Respecto a la posesión definitiva el Código Civil de 1933 regulaba que podía ser solicitada transcurridos setenta y cinco años desde que se decretó la posesión provisional o diez años desde que se tuvo la última noticia del ausente, asimismo, en la legislación actual se requiere de cinco años para poder obtener la posesión definitiva de los bienes desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente.

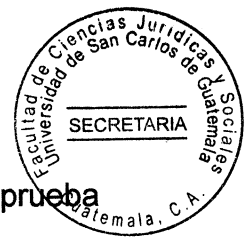
Además, en el Código Civil vigente se regula lo relativo al matrimonio del cónyuge de la persona declarada muerta o ausente, mientras que los códigos civiles anteriores no hacían ninguna mención al respecto.

2.2. Definición

Para hacer referencia a la ausencia, se indica que es la acción y efecto de ausentarse, sin embargo esta puede referirse a personas, objetos cualidades, acciones y conceptos, para efectos del presente capítulo me referiré exclusivamente a la ausencia de personas, para lo cual citare a algunos autores, de la manera siguiente:

El tratadista define la ausencia en el derecho español, como: “Un estado civil de la persona de quien se duda si vive, bien porque se desconoce su paradero durante cierto tiempo, bien porque desapareció en una circunstancia de peligro para la vida sin haberse vuelto a saber más de ella.”¹⁸

¹⁸ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español, común y foral**. Pág. 300.



Para dicho autor la ausencia es un estado civil de la persona, en el cual se comprueba la existencia misma en un lugar específico por un lapso de tiempo, además, señala que cuando se sabe ausente una persona es porque fue en circunstancias que hacían peligrar su propia vida.

Asimismo, el tratadista señala que la ausencia es: “No presencia en un lugar, alejamiento del mismo. En derecho la ausencia es la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero sin constar además si vive o ha muerto y sin haber dejado representante.”¹⁹

Para el citado autor, la ausencia es la no presencia de una persona en un lugar, lo que significa que no se sabe de su paradero, si fue voluntaria o las circunstancias lo obligaron a ausentarse.

Una de las definiciones de ausente es: “Se llama ausente, en sentido genérico, al que está fuera del lugar en que tiene su domicilio o residencia. Pero, en sentido técnico, ausente es el que desapareció, ignorándose su paradero y dudándose de su existencia, la ausencia exige, pues, la incertidumbre absoluta sobre la existencia de una persona.”²⁰

De conformidad con el autor en mención, el citado concepto contiene a su vez dos modalidades que son la ausencia propiamente dicha y desaparición que se caracteriza

¹⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 239

²⁰ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 81.



por la circunstancia del peligro que la acompañó como por ejemplo la desaparición en guerra, naufragio, incendio, entre otros, que es la circunstancia que le falta en la ausencia propiamente dicha.

Además, la ausencia también la constituye un peligro eventual, al que se expone una persona desaparecida, sobre todo en la actualidad que la delincuencia está en aumento, es decir, que al elemento de que una persona haya desaparecido por un término más o menos largo, se debe agregarle el que la presunción de su existencia resulta incierta, razón por la cual se solicita que se adopten medidas para la custodia y administración de los bienes del ausente.

El Código Civil, Decreto Ley 106, vigente en Guatemala, no se señala que es la, sino únicamente define que es el ausente, al respecto, el Artículo 42 regula lo siguiente: "Es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella. Se considera también ausente, para los efectos legales la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora."

Por lo tanto, en concordancia con los autores antes señalados y la legislación civil vigente, la ausencia se define como la situación en la que se encuentra una persona con relación a sus vínculos familiares y materiales, con otras personas y sus bienes, por no encontrarse en su lugar habitual e ignorando su paradero y no teniendo un mandatario que lo represente legalmente. Es decir, que la institución de la ausencia



tiene como única finalidad que al ausente se le nombre defensor judicial, ya sea para responder a alguna reclamación o para hacer valer algún derecho.

2.3. Efectos de la ausencia

Es importante establecer los efectos que conlleva la declaración de la ausencia, los cuales pueden ser patrimoniales, familiares y los efectos para la representación en juicio, los cuales se describen a continuación:

2.3.1. Efectos patrimoniales

Los efectos patrimoniales consisten en la administración de los bienes del ausente, por un guardador o por sus parientes de conformidad con el Artículo 55 del Código Civil vigente en Guatemala.

Asimismo, respecto a la defensa del patrimonio del ausente, para que el Juez pueda proveer a esta defensa provisoria se requieren que haya necesidad perentoria por tener que comparecer en juicio el ausente o interesarle negocios que admitan demora sin perjuicio grave, así como, la instancia de parte interesada o del ministerio fiscal.

Cuando se den estos requisitos, el juez puede adoptar las medidas siguientes en defensa del ausente:

1. Nombrar al ausente un defensor; y



2. Adoptar, según su prudente arbitrio, las medidas necesarias a la conservación del patrimonio desaparecido.

Por consiguiente, la finalidad de la declaratoria de ausencia, en caso de que no se hubiese dejado mandatario o apoderado con facultades suficientes, es la debida administración de los bienes del ausente para que estos no sufran menoscabo en condición.

Sin embargo, para el autor la ausencia y la titularidad del ausente es: “La desaparición del ausente no afecta a la titularidad de su patrimonio. El ausente sigue siendo el titular del mismo, no solo en este período provisional, sino también en el de ausencia declarada. Lo que pasa es que el conjunto de bienes dejados por el ausente, y que constituían el objeto actual de su patrimonio en el momento de la desaparición, queda sujeto a determinadas medidas de administración, y conservación y tutela que la ley establece en beneficio, no sólo del propio ausente –cuya vida se presume hasta el momento en que se le suponga fallecido por la declaración de fallecimiento-, sino también de sus posibles sucesores.”²¹

De conformidad con el autor citado, los efectos patrimoniales de la ausencia, consisten en que el patrimonio del desaparecido no se afecta en este momento, ni en el de la declaración de ausencia, sino más bien únicamente se toman dos posturas con el objeto de proteger los intereses inmediatos y urgentes del ausente, y éstos son el

²¹ Castán Tobeñas, José. **Op. Cit.** Pág. 314.



nombramiento de un defensor judicial o extrajudicial, con un carácter especialísimo, pues se nombra para una actividad o actividades puntuales y previamente determinadas y nada más. Así como la adopción de medidas necesarias para la protección de bienes que aparejen razones de urgencia.

2.3.2. Efectos familiares

Respecto a los efectos familiares, se determina que el cónyuge presente tendrá la patria potestad de modo exclusivo, sobre los hijos menores, o mayores declarados en estado de interdicción con todos sus derechos y obligaciones, por consiguiente, cuando uno de los cónyuges falte, por estar ausente de su domicilio, de la República y no se sepa acerca de su paradero, el otro cónyuge tendrá la patria potestad sobre sus hijos menores o mayores declarados en estado de interdicción.

Al respecto, el autor señala que los principales efectos de carácter familiar que se producen en la ausencia presunta o de hecho son: "(...) a) El hecho que recae en la mujer la administración de los bienes del ausente; b) si el desaparecido tuviere hijos menores de edad, la patria potestad recaerá preferentemente en el padre presente, a no ser que el juzgador aprecie razones graves para no acceder a dicha solicitud; c) si el desaparecido fuese viudo y tuviese hijos menores se deberá nombrar un tutor provisional, cargo que cesará al declararse la ausencia."²²

²²Ibíd. Pág. 313.

Para el autor citado, los efectos familiares deben ser en ese orden, primero la administración de los bienes y segundo a quien debe corresponderle la patria potestad de los hijos menores, además, hace la aclaración de que deberá hacerse si el ausente es viudo. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que otros autores lo primordial era que se anulaba el contrato matrimonial, es decir, que luego se podía hacer la separación de bienes por los herederos del ausente.

2.4. Clases de ausencia

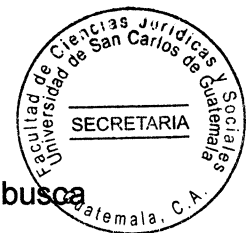
La ausencia se puede clasificar en ausencia presunta o de hecho y en ausencia legal o declarada, para lo cual a continuación se describirán las mismas, de conformidad con lo citado por algunos autores.

2.4.1. Ausencia presunta o de hecho

Respecto a la ausencia presunta o de hecho, el autor señala que: “Existe la ausencia de hecho –o ausencia presunta- cuando desaparece una persona, ignorándose su paradero y existencia, sin que haya todavía incertidumbre sobre su existencia por el escaso tiempo transcurrido o por otras circunstancias.”²³

En este periodo, la legislación civil guatemalteca regula que si el ausente no tiene mandatario que lo represente, deberá nombrársele uno para que pueda defender sus

²³Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 309.

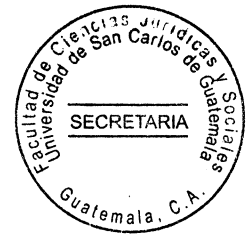


derechos y cumplir con las obligaciones del mismo, es decir, que el Estado busca proteger los intereses del ausente, para lo cual primero nombrara un defensor judicial, para poner bajo la guarda de un depositario los bienes del ausente, y después, bajo la de un representante, a quien confiere iguales facultades a los tutores, pues basta con ésta administración de los bienes, en virtud que aún no existe incertidumbre sobre la existencia del ausente, que es que es lo que caracteriza propiamente a la ausencia.

Sin embargo, “Este período de ausencia presunta o de hecho, no es más que una situación provisional, en la que se toman medidas meramente preventivas, y de ninguna manera de un período o fase de la ausencia propiamente dicha y en sentido legal.”²⁴

Para el citado autor, la ausencia presunta es únicamente para tomar medidas preventivas respecto al resguardo de los bienes del ausente, es decir, no deben ser definitivas las medidas que se tomen en esta clase de ausencia. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que dependerá de la legislación de cada país, ya que para algunos la ausencia presunta se cuenta desde el momento de su desaparición o desde que se tuvieron las últimas noticias, para el caso de Guatemala el Código Civil no regula un plazo específico para declarar la ausencia, sino únicamente señala que se declare para el ejercicio de sus derechos o para el cumplimiento de sus obligaciones.

²⁴ Castán Tobeñas, José. *Op. Cit.* Pág. 310.



2.4.2. Ausencia legal o declarada

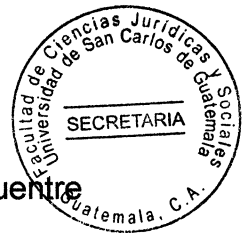
La ausencia legal, es llamada también ausencia declarada, ya que es ésta la que genera consecuencias jurídicas, en el estado del ausente. La declaración de dicha ausencia iniciaría desde el momento desde su desaparición sin tener noticias del presunto ausente, debido a que existe incertidumbre en cuanto a su existencia, razón por la cual, se deben tomar medidas, en beneficio del ausente y de todos aquellos que puedan tener algún interés en la misma.

Al respecto, del periodo de la ausencia: "Este período constituye el segundo período de la ausencia legal, y es el que se puede llamar con toda propiedad ausencia en sentido técnico-jurídico de la palabra, a diferencia de lo que ocurre con la ausencia presunta o de hecho."²⁵

Con el periodo de la ausencia, la diferencia que existe entre uno y otro período se refiere a que en la ausencia presunta no existe incertidumbre sobre la existencia del desaparecido, mientras que en la ausencia legal, en virtud del tiempo transcurrido sin tener noticias, se acentúan más las dudas sobre la existencia del ausente.

La ausencia legal es por lo tanto, el momento en que el juez otorga la administración de los bienes dejados por el ausente, así como la protección y defensa de los intereses de éste, sin embargo, para el caso de Guatemala, debe cumplirse con lo que establece el

²⁵Espín Cánovas, Diego. **Op. Cit.** Pág. 312.

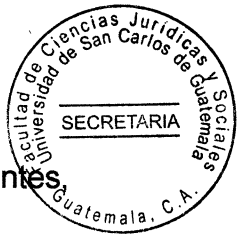


Artículo 42 del Código Civil que se halle fuera de la república, que se encuentre desaparecido y se desconozca de su paradero, además, lo que regula el Artículo el artículo 43 que se refiere a que no haya dejado mandatario legalmente constituido y con las facultades suficientes para su defensa. Otro requisito, es que haya una persona, que tenga interés en tal declaratoria, y tal es el caso de la Procuraduría General de la Nación, ya que es el ente encargado de velar por los intereses de las personas.

2.5. Trámite para declarar la ausencia

El trámite para la declaración judicial de la ausencia es mixta, ya que puede iniciarse notarial o judicialmente, sin embargo, iniciarla de manera notarial conlleva la ventaja de la celeridad, ya que un profesional del derecho agiliza la recepción de la información que compruebe el hecho de la ausencia, así como, la circunstancia de no tener el ausente parientes ni mandatario con facultades suficientes, ni tutor para el caso de ser menor o incapacitado y el tiempo de la ausencia. Sin embargo, la declaratoria de la ausencia la hará exclusivamente un Juez competente, además que el notario puede pedir en cualquier momento la intervención judicial para que se tomen medidas precautorias urgentes.

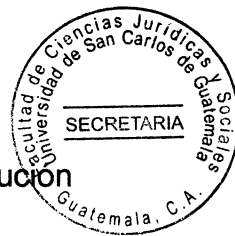
Para que se declare la ausencia, debe solicitarse a petición de parte de conformidad con el Artículo 43 del Código Civil vigente en Guatemala, a un Juez competente, éste con intervención de la Procuraduría General de la Nación, mandará a recibir información que compruebe el hecho de la ausencia, tiempo de la ausencia y la



circunstancia de no tener al ausente parientes, o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor o incapacitado.

Por lo tanto, el trámite de la ausencia es el siguiente:

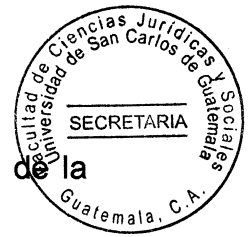
1. Acta Notarial de Requerimiento: de conformidad con la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, contenida en el Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, el solicitante puede ser cualquier persona interesada, y acudir ante el notario, exponiéndole el hecho de la ausencia, la falta de un mandatario que pueda representar el presunto ausente y el tiempo de la ausencia, acompañando prueba documental del caso, así como la razón por la cual se solicita.
2. Primera Resolución: por medio de la cual se admite para su trámite la solicitud, teniendo por incorporados los documentos y los medios de prueba que se hubieran presentado y ordenado:
 - a) Notificar a la Procuraduría General de la Nación como representante de los ausentes.
 - b) Recibir la prueba testimonial que se hubiere ofrecido.
 - c) La publicación de los edictos en el Diario de Centro América y en otro de los de mayor circulación.



3. Notificación al solicitante y a la Procuraduría General de la Nación: Toda resolución de hacerse saber a los intervinientes en las diligencias tanto notariales como judiciales y la falta de la notificación puede afectar los derechos de los interesados. Respecto a la Procuraduría General de la Nación debe darse intervención cuando la ley así lo establece o bien hubiere duda por parte del notario; y en el caso de que se afecte los intereses públicos, de los menores, incapaces o ausentes es obligatorio notificarle y darle intervención, bajo pena de nulidad de lo actuado, de conformidad con los Artículos 66 y 403 del Código Procesal Civil y Mercantil, 4 del Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala.

4. Declaración Testimonial: Esta se recibe en Actas Notariales, el propósito de las mismas es establecer el hecho de la ausencia, el hecho de no tener representante el presunto ausente y el tiempo que lleva la ausencia, de conformidad con el Artículo 2 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto número 54-77 del Congreso de la República.

5. Publicación de los edictos: En estos se cita al presunto ausente, y también a los que se consideren con derecho a representarlo. Debe indicarse el asunto para el cual ha sido pedida la declaratoria de ausencia. Asimismo, dicho edicto debe publicarse tres veces tanto en el diario oficial como en otro de mayor circulación durante un mes, en el cual se indicara el asunto para el cual ha sido pedida la declaratoria de ausencia. Artículo 9 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial



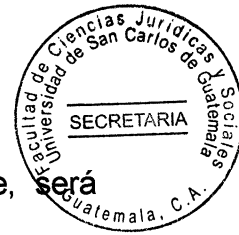
de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala.

6. Oposición: cuando existe oposición por quien crea tener derecho a representar al ausente o el mismo ausente, debe remitirse al Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia del Organismo Judicial, para la distribución del expediente al juzgado de primera Instancia civil que deba conocer.

La oposición puede ser de dos tipos:

- a) La que presenten varias personas reclamando tener derecho para representar al presunto ausente, en este caso la cuestión se resuelve en incidente judicial; y al declararse la ausencia, el juez nombrará a la persona que tenga mejor derecho; y,
- b) La otra oposición puede ser a la declaratoria por la misma persona cuya ausencia se pedía, o por alguna persona con derecho a representarlo. En este caso el asunto será declarado contencioso y se substanciará judicialmente en la vía sumaria.

7. Nombramiento de Defensor Judicial: Si no existiere oposición, recibidas las pruebas y publicados los edictos, el notario debe presentar el expediente al tribunal competente para nombrar defensor judicial y continuar con el trámite. Aquí finaliza la el trámite notarial y se convierte obligatoriamente en judicial, siendo éste un proceso de naturaleza mixta, ya que lo inicia el notario y lo finaliza el juez.



Después de haber presentado toda la información ante juez competente, será nombrado un defensor judicial, que tendrá a su cargo exclusivamente la representación judicial del presunto ausente, y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes, nombrando un depositario, que puede ser el mismo defensor, de conformidad con el Artículo 412 primer párrafo del Código Procesal Civil y Mercantil.

8. Resolución o Auto final declarando la ausencia: Este lo dicta el juez con intervención de la Procuraduría General de la nación y del defensor judicial. Se nombra un guardador quien asume la representación judicial del ausente y el depósito de los bienes, si los hubiera.

Respecto al trámite en sede Judicial, se indica lo siguiente:

Para la obtención de la declaratoria de ausencia se encuentra regulado en los Artículos 401 al 414 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, en los cuales regulan los requisitos necesarios para iniciar, gestionar, diligenciar y declarar la ausencia de una persona.

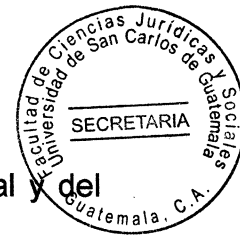
1. Juez competente: la solicitud será dirigida a un juzgado competente para estos asuntos es el de primera instancia del último domicilio del ausente, de conformidad con el Artículo 13 del Código Procesal Civil y Mercantil.



2. Requisitos de la primera solicitud: Debe formularse por escrito, debe llenar los requisitos de toda primera solicitud, de conformidad con los Artículos 29, 61, 79, 106 y 108 del Código Procesal Civil y Mercantil. Debe acompañar los mismos documentos que presenta ante notario, cuando el trámite es extrajudicial, que conduzcan a probar los siguientes extremos:

- a. Que se tiene derecho a promover la cuestión, se debe justificar el carácter invocado por los medios que en cada caso corresponda. Por otra parte, debe establecerse el interés por el cual se promueve la cuestión o que se tenga derecho en el asunto, pues de lo contrario el juez rechazará de oficio la solicitud.
- b. El hecho y el tiempo de la ausencia, pueden comprobarse con certificación extendida por el director general de migración; o bien, por declaración testimonial de personas u otro medio idóneo que acredite tal circunstancia.
- c. La circunstancia de no tener el ausente parientes o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor de edad o incapacitado.
- d. Que oiga a la Procuraduría General de la Nación, por tratarse de un asunto que se refiere a persona ausente, de conformidad con el Artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3. Tramitación: El juez dará trámite a la solicitud, nombrará un defensor judicial que tendrá a su cargo exclusivamente la representación del presunto ausente y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes, nombrando un depositario que podrá ser el mismo defensor. Artículo 412 del Código Procesal Civil y Mercantil.

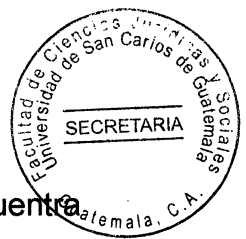


Asimismo en la primera resolución y para los efectos de publicidad procesal y del conocimiento público del trámite de declaración de ausencia de una persona, la ley obliga que el edicto sea publicado por tres veces en el diario oficial y en otro de mayor circulación por el plazo de un mes. Dicho edicto deberá contener: la relación del asunto para el que ha sido pedida, la citación de ausencia; la citación del presunto ausente; la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo; la fecha y firma del secretario del juzgado donde se gestione.

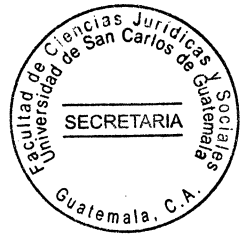
4. Resolución: Cumplido con los requisitos anteriores, recibida la información y pasado el término de las publicaciones sin que existiere oposición, el juez, con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial, declarará la ausencia, si procediere, y nombrará un guardador quien asumirá la representación judicial del ausente y el depósito de los bienes, si los hubiere.

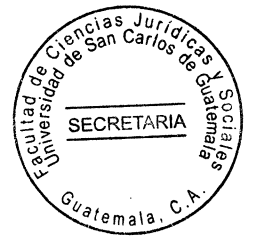
Respecto al trámite notarial, es importante señalar que el notario, antes de entregar el expediente al juez, en cualquier momento puede pedir la intervención judicial, pidiendo las medidas precautorias urgentes que sean necesarias.

Además, sobre quien es juez competente para declarar la ausencia, esto debe de suponerse, dependiendo de la naturaleza del asunto para lo cual se pidió la declaratoria de ausencia, por ejemplo si se trata de un asunto relativo a la familia, el competente será el juez de familia.



Por lo tanto, la institución de la ausencia, se refiere a la situación en que se encuentra una persona con paradero desconocido, es decir, que no se ha tenido noticias durante un tiempo prolongado, por lo que se hace necesaria la declaratoria de la ausencia ante juez competente para que se le nombre defensor judicial, ya sea para responder a alguna reclamación o para hacer valer algún derecho.





CAPÍTULO III

3. La muerte presunta

En Guatemala, la muerte presunta, es declarada de conformidad con el Artículo 63 del Código Civil vigente, después de transcurridos cinco años de decretada la administración por lo parientes, por lo tanto, es el estado en que se puede declarar a alguna persona que por circunstancias no conocidas ha desaparecido de su lugar habitual de permanencia, cuyo efecto primordial es declarar la apertura del proceso sucesorio o para reclamación de un derecho.

3.1. Origen histórico

El derecho romano en su etapa inicial no la reguló, pues únicamente concebía la llamada muerte civil, la cual acontecía cuando se perdía uno de los tres elementos de la personalidad del ciudadano romano, elementos que eran: "El estado de libertad o *status libertatis*; el estado de ciudadanía o *status civitatis*; y el estado de familia o de agnación, o *status familiae*. La muerte civil acontecía cuando uno de estos elementos o estados, o bien la capacidad se perdía, y constituía la disminución más severa de los derechos del ciudadano."²⁶

Sin embargo, en la última etapa del derecho romano, se contempló la muerte presunta aunque no con ese nombre, pero debían transcurrir cien años a partir de la desaparición de una persona para proceder a dicha declaración.

²⁶ Iglesias, Juan. **Derecho romano**. Pág. 107.



Asimismo, se indica que lo anterior surgió a consecuencia de las Cruzadas y las constantes guerras que sostenían los romanos, además, por el incremento del comercio marítimo, siendo el aporte más importante para la institución el de los Estatutarios, aunque fijó también plazos largos que hicieron inoperante la institución.

Además, la figura de la muerte presunta, aparece regulada por primera vez en el Código de Napoleón y el Código Civil Italiano, en los cuales introdujeron dicha institución de una manera técnica, sobre todo el Código Civil italiano, que introduce el instituto de la presunción de muerte en el siglo XVI, haciendo más funcional la institución acortando los plazos, pues fijó el de la declaración de ausencia en dos años, la declaración de muerte presunta en diez años solo en circunstancias normales, es decir, partiendo de la desaparición, en dos años, si la desaparición fuere como consecuencias de desastre o siniestro, dos y tres años si la desaparición tuvo lugar en operaciones bélicas.

En Guatemala dicha institución se regula por primera vez en el Código Civil de 1877 en el cual tenía mucha influencia el Código Civil Francés, dicha figura fue siempre conocida dentro de la misma institución de la ausencia, mientras que en el Código Civil de 1933 ya fue regulada la ausencia y la muerte presunta en títulos diferentes.

Asimismo, el Artículo 74 del Código Civil de 1933 regulaba que: "El que desapareciere durante una guerra en que haya tomado parte como individuo de fuerza armada, como funcionario, empleado o auxiliar, o se hubiere encontrado en la zona de operaciones,



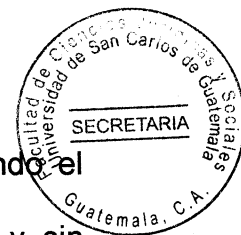
podrá ser declarado muerto cuando hayan transcurrido tres años de celebrada la paz o terminada la guerra sin que se tengan noticias del desaparecido.”

Además, el Artículo 75 regulaba que: “Podrá asimismo declararse el fallecimiento de una persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque náufrago, si al cabo de tres años no se tiene noticias ciertas de ella. Se presume que ha ocurrido el naufragio del buque, cuando no se sepa de él en el transcurso de un año.”

Los citados Artículos del Código Civil de 1933 son los únicos casos en que se indicaba un plazo para declarar la muerte presunta, ya en los casos de accidentes aéreos, o cuando dicha persona hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro, será un Juez competente quien fijaría el día y hora que indicaría el momento de la muerte, todo de conformidad con las circunstancias en que pueda haber ocurrido y las pruebas que hubieren sido presentadas por los interesados.

3.2. Definición

Sobre las definiciones de muerte presunta, son varios los autores que han escrito al respecto, además, de la existencia de regulaciones en la legislación civil, todo con el objeto de aclarar la situación de una persona que ha desaparecido por un lapso de tiempo. A continuación se presentan las definiciones más certeras para conocer dicha institución.



El tratadista define que la muerte presunta es: "La supuesta aun no encontrando el cadáver. Es la muerte presunta la que se declara tras prolongada ausencia y sin noticias de la persona de que se trate. Sus efectos principales son la apertura de su sucesión y en ciertos casos y legislaciones las posibles nupcias del cónyuge presente."²⁷

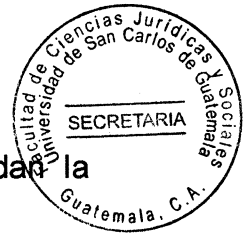
Para el citado autor, la muerte presunta es que se supone aunque no se haya encontrado el cadáver para probar la muerte, es decir, la que se declara, tras prolongada ausencia y sin noticias de la persona de que se trate, para que los herederos puedan dar inicio sucesión de los bienes que el fallecido haya tenido a su nombre.

Otra definición de la muerte presunta citado por otro autor es: "La muerte presunta, causa presunción de fallecimiento de una persona, el hecho de haberse ésta ausentado del lugar de su domicilio o residencia, haya dejado o no haya dejado representante, sin que de ella se tenga noticias por el término que marca la ley, contando desde el día de la ausencia, si nunca se tuvo noticias del ausente o desde la fecha de la última noticia que se tuvo de él."²⁸

Para dicho autor, la muerte presunta debe ser declarada desde el día de su ausencia, ya que existe obvia, pues si se desconoce su paradero y no dejó quien lo

²⁷Ossorio, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 608.

²⁸Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español.** Pág. 320.



represente, debe declararse la muerte presunta para que sus herederos pidan la posesión de la herencia.

Al respecto, el autor señala el tiempo que se puede declarar la muerte presunta en Guatemala: "La muerte presunta podrá declararse después de transcurridos cinco años desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente, y en tal caso podrán sus herederos testamentarios o legales pedir la posesión de la herencia."²⁹

De lo anterior se indica, que para declarar la muerte presunta no se necesita que preexista una declaración de ausencia, es decir, es una etapa independiente, además, la declaratoria de muerte presunta, se podrá realizar cuando hayan transcurrido cinco años a partir de la última fecha en que se tuvo noticias del ausente, cumpliendo entonces con lo establecido anteriormente.

Una definición de la declaración: "Se llama declaración de fallecimiento el auto judicial que reputa muerto a un desaparecido."³⁰ Para otro autor indica que: "La presunción de muerte presunta, constituye el tercer periodo de la ausencia, y en éste la idea fundamental que domina es el hecho que el ausente ha muerto, y en tal virtud la legislación traga de arreglar todo, como si el ausente efectivamente hubiera fallecido."³¹

²⁹ Brañas, Alfonso. **Op. Cit.** Pág. 91.

³⁰ Albaladejo, Manuel. **Compendio de derecho civil.** Pág. 60.

³¹ Couto, Ricardo. **Derecho civil.** Pág. 546.



De lo anterior, se indica que en la doctrina civil, la declaración de muerte presunta, presunción de muerte y declaración de fallecimiento tienen la misma definición, ya que es una etapa que constituye la tercera fase dentro de la declaración de ausencia, en la que no solo se busca la protección del patrimonio del ausente, sino también se busca proteger los intereses de los presuntos herederos.

3.3. Efectos de la muerte presunta

La declaración de la muerte presunta produce también efectos tanto patrimoniales como familiares y sociales, al respecto, la autora guatemalteca, señala que: “El inmediato y más importantes efecto patrimonial es conceder la vía libre a los herederos testamentarios o legales del muerto presunto, para pedir la posesión definitiva de los bienes.”³²

Para la autora antes citada el efecto más importante es la protección de los bienes del presunto muerto, para que los herederos testamentarios puedan disponer libremente de ellos al momento de que el juez dicte la resolución de la muerte presunta y otorgue la posesión definitiva de los bienes y como consecuencia o derivación implícita de la posesión efectiva los herederos podrán enajenar o gravar los bienes o cualquier título.

Por lo que, indudablemente el efecto más importante que apareja la declaración de muerte presunta es la apertura de la sucesión del ausente, concediendo vía libre a los herederos para pedir la posesión de un modo casi definitivo de los bienes.

³² Beltranena de Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho civil.** Pág. 91.



Asimismo, el Artículo 74 del Código Civil señala que los efectos jurídicos de la declaración de la muerte presunta, respecto a los bienes, será determinada por la ley del lugar en el que se hallen situados. Las demás relaciones jurídicas seguirán sujetas a la ley que anteriormente las regía.

Respecto a los efectos familiares, el Artículo 73 del Código Civil vigente en Guatemala regula que los poseedores de los bienes deberán proveer pensiones alimenticias a quienes tengan derecho de recibirlas, de conformidad con lo que establece la ley.

Para la autora guatemalteca también indica que: “En el campo familiar la declaración de muerte presunta causa la disolución del matrimonio. Como consecuencia, el cónyuge sobreviviente, queda autorizado para volverse a casar. En caso lo haga, el nuevo matrimonio será válido aunque el ausente viva, a no ser que los cónyuges o uno de ellos conocerá la circunstancia de estar vivo el ausente. En este caso, la acción de nulidad corresponde al ausente o al cónyuge que haya ignorado, al casarse, que aquel vivía. Esta acción prescribe a los seis meses contados, para el ausente, desde la fecha en que tuvo conocimiento del nuevo matrimonio y para el cónyuge desde que supo la supervivencia del ausente.”³³

Por lo tanto, declarada la muerte presunta el cónyuge que le sobrevive, queda en libertad para contraer nuevas nupcias, a menos que el muerto presuntamente intervenga antes de los seis meses de contraído el nuevo matrimonio, de lo contrario aunque el ausente este vivo el matrimonio será completamente válido.

³³Ibíd. Pág. 92.



Otro efecto causado por la muerte presunta es lo referente a los hijos, para lo cual se indica lo siguiente: “Es lógico que la muerte presunta repercuta en el derecho de la patria potestad sobre los hijos sujetos a ello, quedando el cónyuge sobreviviente como único titular de ese derecho. Al regreso del ausente que se presumía muerto, ipso facto recupera éste sus derechos de patria potestad.”³⁴

De lo anterior, se puede observar que el presuntamente muerto no pierde la patria potestad de sus menores hijos, ya que si sobrevive y aparece vivo nuevamente, automáticamente tendrá derecho a recuperar la patria potestad perdida.

Es importante indicar que de conformidad con la ley si el presunto muerto aparece o se prueba que existe, aunque ya se haya otorgado la posesión definitiva de sus bienes, podrá recobrarlos, además, si los bienes hubieran sido vendidos recuperara el precio de los mismos y los que provengan del empleo que se haya hecho de ese precio, de conformidad con el Artículo 75 del Código Civil vigente en Guatemala.

Respecto a los efectos sociales, se indica que: “La declaración de la muerte presunta determinará la modificación o terminación de las asociaciones, etc., de que sea miembro o socio el muerto presunto, según se prevea en la escritura social, estatuto o documento creador.”³⁵

³⁴Ibíd.

³⁵Ibíd.



Sobre los efectos sociales, la legislación civil guatemalteca no regula nada al respecto, ya que dependerá de las bases establecidas en el documento de creación de la asociación a la que haya pertenecido y el cargo que ostentara al momento de la desaparición y luego la declaratoria de la muerte presunta.

Por lo tanto, los efectos de la declaración de muerte presunta son varios como quedo establecido, además, existe el hecho de dar por terminada la etapa de ausencia legal, darle lectura del testamento, así como, la apertura de la sucesión y la libertad de estado para el cónyuge supérstite.

3.3.1. Limitaciones a los efectos de los poseedores

Después de indicar los principales efectos que conlleva la muerte presunta, es necesario indicar que los mismos no son definitivos para los herederos, sino que poseen algunas limitaciones, tal como lo indican algunos autores, de la manera siguiente:

Además el autor también señala el tiempo a disponer del título: “Los herederos no pueden disponer a título gratuito sino hasta cinco años después de la fecha que se señale como la de muerte, en el auto declaratorio. Limitación que se hace atendiendo a que aún existe una leve posibilidad que el ausente regrese. Este período es conocido como período de prenotación o de dominio restringido. (...)”³⁶

³⁶ Castán Tobeñas, José. **Op. Cit.** Pág. 324.



El citado autor se refiere al plazo para la declaración de la muerte presunta, dándole un periodo de tiempo para que regrese el ausente, tal y como lo establece el Código Civil Guatemalteco en el Artículo 63, sin embargo, anteriormente ya se había decretado la administración de los bienes por los parientes o terceros interesados en la protección de los derechos y obligaciones del muerto presunto.

Por otro lado, se indica que: “Los herederos en sus relaciones con terceros, derivado de la declaración de fallecimiento y de la posesión definitiva de los bienes tienen carácter de propietarios, siendo su derecho de propiedad no revocable, sino definitivo, y de aquí que éstos puedan enajenar o gravar los bienes a cualquier título, sin limitación alguna.”³⁷

De conformidad con lo anterior, los herederos teniendo la posesión de los bienes son también los propietarios por lo cual pueden disponer de los bienes de la manera que crean convenientes para ellos mismos, sin embargo, en Guatemala, de conformidad con el Artículo 75 si el muerto presunto regresa tiene derecho a recobrar todos sus bienes, lo cual causaría problemas a terceros si el bien hubiese sido vendido.

Asimismo, el autor señala lo siguiente: “En referencia al día presuntivo del fallecimiento -lo cual apareja grandes consecuencias jurídicas, por cuanto que en ese día se considera que murió el ausente y se transmiten sus derechos a los herederos-, que en algunas legislaciones, la ley no se deja al albedrío del juez tal determinación, sino que

³⁷Couto, Ricardo. **Op. Cit.** Pág. 550.



señalan parámetros para que dicha fecha sea declarada, pues en caso contrario, el juez estaría resolviendo sobre la fecha en que conviene a los herederos que haya fallecido el ausente, lo cual a criterio de algunos autores no es procedente.”³⁸

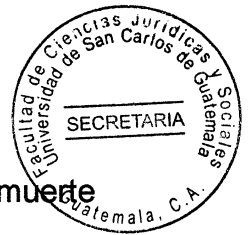
El citado autor, se refiere específicamente al plazo para que sea declarada la muerte presunta, cuando la legislación no lo regula, haciendo notar que es necesario dicha regulación, para que no sea declarada a criterio de juez competente, ya que se beneficiaría únicamente a los herederos y no se protege los derechos y obligaciones que debe cumplir el muerto presunto.

Por lo tanto, las limitaciones que los herederos del declarado muerto presunto, dependerán de la legislación de cada país, tal el caso de Guatemala, que debe esperar el plazo de cinco años y que el muerto presunto regrese y reclame la devolución de sus bienes.

3.4. Trámite para declarar muerte presunta

En Guatemala, el Código Civil no contiene una definición específica de la muerte presunta, únicamente la regula como una facultad que tienen los parientes que hayan sido declarados administradores de los bienes del ausente, así como, solicitar judicialmente la muerte del declarado ausente.

³⁸Cifuentes, Santos. **Elementos de derecho civil.** Pág. 249.

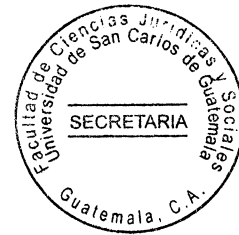


Respecto al procedimiento que debe realizarse para obtener la declaración de la muerte presunta de una persona, se encuentra regulado en los Artículos del 411 al 417 del Código Procesal Civil y Mercantil, conjuntamente con el trámite de la ausencia, es importante indicar, que dicho proceso es especial ya que se tramite únicamente en la vía judicial.

La solicitud de muerte presunta tiene dos posibilidades, hacerlos dentro del mismo expediente de Declaratoria de Ausencia o bien, independiente de éste, y por lo tanto se hace necesario que obren dentro del expediente de mérito, lo siguiente:

- a) Acta de discernimiento del cargo de Guardador o Administrador de los bienes, o bien certificación de la misma cuando se plantea la solicitud independiente del expediente de mérito.
- b) En el caso que se argumente el transcurso del plazo establecido en la ley, desde que se tuvo la última noticia del ausente.
- c) Auto declaratorio de Ausencia de la persona de quien se solicita se declare la muerte presunta, dictado por el Juez respectivo, cuando se tramite dentro del mismo expediente, o bien certificación del referido auto declaratorio cuando se plantea la solicitud independiente del expediente de mérito.

Es importante indicar, que la declaratoria de la ausencia debe ser inscrita en el Registro Nacional de las Personas, por lo que es necesario cumplir con los requisitos siguientes:



- a) Certificación de la resolución judicial
- b) Certificación de la inscripción en la que se hará la anotación
- c) Certificación de la inscripción de ausencia extendida por el Registro Nacional de las Personas, cuando fuere procedente.

Por lo que, cumplidos con los requisitos los cuales han permitido demostrar la ausencia se procede a la declaración judicial del fallecimiento del ausente, tal y como ha quedado establecido en el presente capítulo, además, de la declaración de la muerte presunta resulta, la fijación de la fecha de fallecimiento de un desaparecido, que crea una situación jurídica de efectos parcialmente coincidentes con los de inscripción de la defunción. La muerte presunta es producto de una declaración o resolución judicial y por otro lado, solo puede darse en la persona física.

Por lo tanto, la declaratoria procede cuando persiste la ausencia de una persona, que por ignorarse totalmente su paradero y no haber más noticias de su existencia hace dudar de la misma. Resueltas las diligencias y nombrado el guardador, los parientes pueden solicitar la administración de los bienes, tal y como lo regula el Artículo 55 del Código Civil vigente en Guatemala y esta administración se otorga previo inventario y tasación de los bienes y liquidación o partición de los que pertenecen al matrimonio si el ausente fuere casado.

3.5. Suspensión de la muerte presunta

La declaratoria de fallecimiento muerte presunta, puede darse por finalizada por las mismas causas que la declaración de ausencia las cuales son la reaparición y



comprobación de la existencia, a excepción lógicamente que aquella no cesa por la declaración de muerte presunta.

En tal sentido, se indica lo siguiente: “La declaración de fallecimiento queda sin efecto, ya sea porque la persona reaparece, o se tienen noticias comprobables de que aun existe, o bien si se constata su muerte efectiva.”³⁹

Para el autor citado, existen dos formas de finalizar la declaratoria de la muerte presunta ya sea porque aparece o se comprueba de que está vivo y porque se tenga la certeza o se haya comprobado la muerte del ausente.

Por otra parte, se indica lo siguiente que: “Otra causal para finalizar la posesión definitiva debe ser la presentación de herederos con mejores derechos, como por ejemplo que estaban instituidos en un testamento posterior, pues evidentemente serán estos quienes ostentarán la posesión definitiva de los bienes del declarado muerto presunto.”⁴⁰

Otra causal para finalizar la muerte presunta, de conformidad con el autor citado es que después de declarar quienes son los herederos, aparezca un testamento otorgado con anterioridad, lo cual dejaría sin efecto el posterior, por lo tanto debe quedar sin efecto dicha declaratoria.

³⁹ Castán Tobeñas, José. **Op. Cit.** Pág. 326.

⁴⁰Couto, Ricardo. **Op. Cit.** Pág. 556.



A su vez, el autor agrega lo siguiente: “Es posible que el fallecimiento del ausente tuviera lugar en un momento distinto al que se le consideró en la declaración de fallecimiento, y en consecuencia esto puede derivar en que sean diferentes los llamados a suceder en la posesión de su patrimonio, por lo que habría que dejar sin efecto aquella declaratoria, y señalar una nueva, con los herederos correctos.”⁴¹

El citado autor, también señala lo relativo a la fecha en que se declaró la muerte presunta, lo que significaría que los herederos serían otros, por lo tanto deberán dejar sin efecto la declaratoria e iniciar un nuevo proceso con los herederos correctos. Aunque una vez establecidas las causales por las que puede finalizar la declaración de fallecimiento o muerte presunta, se hace necesario analizar los efectos y consecuencias que tal finalización o revocación apareja.

Por lo tanto, después de haber cesado la incertidumbre de la existencia del ausente, ya sea por haberse comprobado su fallecimiento o por haberse tenido noticias de su existencia, será la legislación vigente quien determinara que procede en relación a la administración de sus bienes, y quienes hayan recibido la posesión deberán devolverlos, haciendo suyos los bienes que les correspondan.

⁴¹ Espín Cánovas, Diego. **Op. Cit.** Pág. 326.



Además, para la autora guatemalteca indica que: “Desde que se sepa, por noticia comprobada, que el ausente vive, los herederos dejan de ser poseedores de los bienes y se convierten automáticamente en administradores o guardadores de los mismos.”⁴²

La autora en mención, señala que si el muerto presunto reaparece no necesitaría más trámite que demostrar su existencia para recuperar sus bienes, además, de conformidad con la legislación civil guatemalteca, si el presunto muerto aparece aunque se haya otorgada la posesión definitiva por juez competente quedara sin efecto y el ausente recupera sus bienes.

La finalización de la declaratoria de la muerte presunta conlleva también efectos familiares, de la manera siguiente: “En cuanto a los efectos familiares aparejados por la finalización de muerte presunta, en caso de reaparición del ausente, éste recuperara las potestades familiares que le corresponden como la patria potestad así como también se reanuda la convivencia conyugal.”⁴³

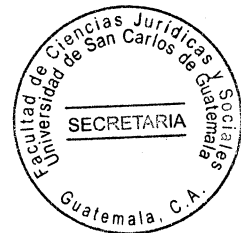
De conformidad con lo anterior, el muerto presunto recupera desde su reaparición todos derechos sobre todo la patria potestad y la convivencia con el cónyuge, sin embargo, en Guatemala de conformidad con el Artículo 77 el cónyuge tiene derecho a contraer nuevas nupcias declarada la muerte presunta, tiene además un plazo de seis meses para dejar sin efecto dicho matrimonio, de lo contrario será válido.

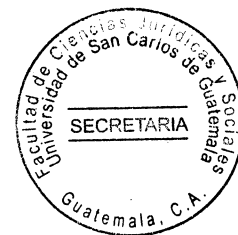
⁴² Beltranena Padilla, María Luisa. *Op. Cit.* Pág. 93.

⁴³ Espín Cánovas, Diego. *Op. Cit.* Pág. 326.



Para dar por finalizado la declaratoria de la muerte presunta o fallecimiento, se debe cumplir con lo siguiente: que reaparezca el ausente y que se haya comprobado la muerte natural del declarado muerto presunto. Para lo cual, mediante la legislación civil vigente en Guatemala, se procederá ya que si el muerto presunto vive debe recuperar sus bienes si el ausente vive, éste recupere su patrimonio, y si efectivamente ha fallecido, se debe constatar la fecha exacta de su fallecimiento, para que en ese momento sea abierta la sucesión a favor de quienes corresponda.





CAPÍTULO IV

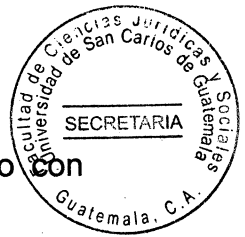
4. El resguardo y la administración de los bienes del ausente

La legislación civil regula conjuntamente al resguardo y administración, los individualiza para algunos casos, sin embargo, en la práctica ambas palabras se utilizan como sinónimos, en el presente capítulo se tratarán los aspectos relevantes de los mismos. Por lo tanto, el resguardo de los bienes se refiere específicamente a la protección que el Estado le proporciona a sus habitantes, respecto al derecho a la propiedad privada, es decir, que declarada la ausencia el Juez competente nombrara un guardador con la finalidad de administrar los mismos, pudiendo de esta manera cumplir con las responsabilidades que conlleva dicho nombramiento.

4.1. Generalidades

La solicitud de la declaración de la ausencia tiene como finalidad la protección de los bienes del ausente, además, que deba apersonarse en defensa de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones, y no haya dejado mandatario legalmente constituido con todas las facultades especiales para responder.

Son razones necesarias para dicha declaración, sin embargo, en este capítulo me referiré al resguardo de los bienes del ausente, a fin de proteger los intereses familiares, patrimoniales o de otra índole del ausente frente a terceros, para que los mismos no



queden en el abandono y que una vez aparezca el ausente o un mandatario con representación suficiente, recobra sus derechos y obligaciones.

Es así que se crea la institución de la ausencia, como protección con carácter de perentorio los bienes del ausente, así como las relaciones familiares, para velar por el cumplimiento de sus obligaciones y derechos civiles, hizo necesario el surgimiento de la declaratoria de ausencia, mediando para ello instancia de parte de quien tenga interés o del Ministerio Público, en Guatemala por la Procuraduría General de la Nación.

Asimismo, a falta de mandatario con capacidades especiales, el juez competente nombrara a un defensor judicial con el poder que se confiere exclusivamente al defensor del ausente, de conformidad con la ley, para amparar y representar al desaparecido en juicio o en los asuntos de urgencia, no está de más indicar que no es un poder general, sino únicamente reducidos a esos supuestos.

Respecto al defensor judicial el tratadista, da la siguiente definición: "Llámense defensores judiciales aquellos abogados que, ejerciendo libremente la profesión, son designados por la autoridad judicial, de acuerdo con la ley, para que realicen una función o servicio relativos a su ministerio, a los fines de la administración de justicia."⁴⁴

El tratadista citado, señala que para optar al cargo de defensor judicial debe ser específicamente un profesional del derecho, además, señala que dicho nombramiento debe ser otorgado por juez competente. En el Código Civil guatemalteco, regula que

⁴⁴ Ossorio, Manuel. *Op. Cit.* Pág. 269.



para dicho cargo además, debe ser una persona de notoria honradez, arraigo y competencia y que su cargo finaliza en el momento en que el juez competente declare la ausencia y provea un guardador para los bienes del ausente.

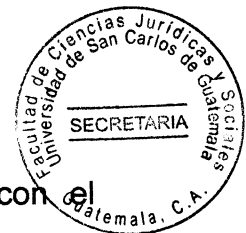
Por lo tanto, después de haber cumplido con los requisitos de la declaración de la ausencia y recibida la información y pasado el término de las publicaciones sin que existiere oposición, el juez, con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial, declarará la ausencia y nombrará un guardador quien asumirá la representación judicial del ausente y el depósito de los bienes, si los hubiere.

4.2. Definición

El resguardo de los bienes en ocasión de la ausencia, se refiere a la correcta administración que realiza el guardador de los bienes del ausente, es decir, es la persona nombrada judicialmente para ejercer la representación judicial del ausente y para la administración de los bienes de éste.

Respecto al resguardo, el tratadista lo define como: "En sentido general, protección, defensa. Toda prevención contra males o daños. Vigilancia de zonas en que es probable el contrabando, como en las fronteras y costas. Seguridad documentada ante un contrato. | Recibo de mercaderías o de otro acto jurídico."⁴⁵

⁴⁵ Ossorio, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 848.



El tratadista en mención, define de manera general todo lo relacionado con el resguardo, sin embargo, se refiere específicamente a la defensa y protección tanto a las personas como a documentos, mercaderías y otros actos jurídicos, por lo que la palabra resguardo es utilizada también como seguridad.

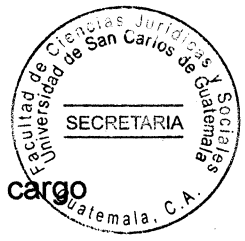
Asimismo, se define al resguardo como: “Defensa, amparo, protección. Prevención. ...seguridad escrita de deuda o contrato. Recibo de depósito de entrega de mercadería, de un pago.”⁴⁶

El tratadista citado, señala que el resguardo es la defensa, amparo, protección y prevención, sin embargo, no especifica que se resguarda. Además, en la definición también se refiere al resguardo de los recibos de depósitos, así como al resguardo de documentos de pago.

Asimismo, se indica lo siguiente: “El encargado de conservar o custodiar una cosa. Defensa, conservación, cuidado o custodia. Curatela, curadería. Tutela. Cumplimiento, observancia o acatamiento de leyes, órdenes y demás preceptos obligatorios.”

La citada definición es más específica, ya que señala las atribuciones del guardador señalando que debe guardar y proteger la cosa que se le haya puesto a su cargo, de conformidad con las leyes y demás obligaciones que conlleve dicha responsabilidad.

⁴⁶ Cabanellas, Guillermo. *Op. Cit.* Pág. 569.



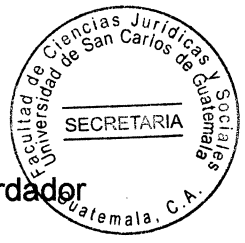
Por lo tanto, el resguardo es la forma para indicar que los bienes puestos a su cargo deben ser protegidos y cuidados, ya que luego deberá responder por los mismos.

Asimismo, la administración de manera general se refiere a la actividad que realiza una persona se encarga de gobernar, disponer y realizar una gestión de los bienes y recursos, que pueden ser propiedad de otros o de él mismo, ya sean estos bienes de tipo material o de otro tipo de recursos susceptibles de aprovechamiento por ejemplo recursos humanos, orientada al mantenimiento y acrecentamiento de los recursos que se ponen a disposición del administrador.

4.3. Quienes pueden ser guardador de los bienes del ausente

Como quedo establecido el guardador es la persona a quien el juez competente, mediante solicitud de declaración de ausencia, pone a cargo de la administración, cuidado y protección de los bienes del ausente, después de haber concluido el cargo de defensor judicial.

Cuando se realiza la solicitud de la declaración de ausencia, se solicita también el nombramiento del guardador, para lo cual, el Código Civil vigente en Guatemala, regula que deberá ser una persona de notoria honradez, arraigo y competencia, lo que significa que deberá ser una persona honesta y con principios morales arraigados, además, que tenga la capacidad y aptitud para el desarrollo efectivo de sus funciones.



Asimismo, en Guatemala y de conformidad con la legislación civil vigente el guardador hará las veces de mandatario judicial del ausente y para dicho cargo deberán ser personas que tengan el título de abogados o los parientes que estén dentro del grado legalmente establecido del representado hasta el 4to. Grado de consanguinidad.

Por lo tanto, de conformidad con la Ley del Organismo Judicial, en el Artículo 188, regula lo siguiente: "Mandatarios judiciales. Las personas hábiles para gestionar ante los tribunales, que por cualquier razón no quieran o no puedan hacerlo personalmente, o las personas jurídicas que no quieran concurrir por medio de sus presidentes, gerentes o directores puedan comparecer por medio de mandatario judiciales, a cualquier acto siempre que tenga conocimiento de los hechos objeto del proceso."

El mandatario judicial es el guardador y administrador de los bienes del ausente, quien deberá cumplir con las facultades y obligaciones que le hayan otorgado de conformidad con la ley.

4.4. Trámite para solicitar el nombramiento del guardador y administrador

En Guatemala, la ley civil no especifica ningún trámite respecto a la solicitud del guardador, únicamente señala que su cargo inicia cuando termina el cargo de defensor judicial, que además, es el momento en que es declarada legalmente la ausencia por juez competente a solicitud de la parte interesada para la efectiva protección de los bienes del ausente.

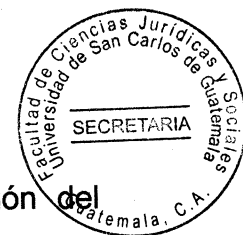


Por lo antes indicado y no habiendo un trámite específico, los profesionales del derecho incluyen dicha solicitud dentro del expediente de la ausencia, en la cual se indica las generales de ley, así como, los datos de profesional del derecho o en caso de que sea pariente se aclarara el grado de consanguinidad del candidato para guardador, la cual se tramita en un principio en jurisdicción voluntaria y se finaliza en sede judicial, por lo que es necesaria la intervención de juez competente.

Luego de darle trámite a la solicitud de declaratoria de ausencia, el juez comprueba el hecho de la ausencia y que no haya dejado un mandatario para representarlo, extremos que deberán ser comprobados, además, nombra a un defensor judicial quien será el encargado de cuidar los intereses del ausente. Asimismo, ordena la publicación de la solicitud en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, tres veces durante un mes.

Cuando se hayan cumplido todos los requisitos que la ley señala, el juez competente declara la ausencia, y es el momento en el cual nombra al guardador quien asumirá la representación judicial y el depósito de los bienes, si los hubiere.

Sin embargo, el Código Procesal Civil y Mercantil en el Artículo 416 se refiere a la administración de los bienes del ausente, de la manera siguiente: "Pueden obtener la administración de los bienes del ausente, los que se crean con derecho a ello, según el Código Civil. La solicitud deberá publicarse en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación; y en caso de presentarse oposición, se tramitará en juicio sumario. El juez ordenará que se dé la administración de los bienes del ausente a los interesados, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil."



Sin embargo, el citado Artículo refiere específicamente que la administración del ausente puede ser solicitada por cualquier persona que crea tener derecho para ello, indicando además, como será el procedimiento si hubiere oposición, por lo tanto, es un trámite distinto ya que respecto a la solicitud de nombramiento de guardador no se establece trámite alguno en la legislación.

4.5. Facultades y atribuciones del guardador y administrador de los bienes del ausente

Una vez establecido, que es y quienes pueden ser guardadores y administradores, es importante conocer las facultades y atribuciones respecto al patrimonio del ausente. Al respecto, el Código Procesal Civil y Mercantil en el Artículo 415 regula las facultades del guardador, de la manera siguiente:

“Facultades del guardador. Por ministerio de la ley, el guardador queda investido de todas las facultades generales y especiales que se requieren para la defensa en juicio; pero para transigir, someter asuntos al proceso arbitral y repudiar herencias o donaciones y legados, necesita de autorización judicial.

Estas mismas facultades tendrá el defensor judicial, nombrado para representar al presunto ausente durante las diligencias a que se refiere esta sección. El juez discernirá el cargo -al guardador y extenderá la credencial que acredite la representación; y previo inventario, avalúo de los bienes y otorgamiento de la garantía de la manera establecida en el Código Civil, se hará entrega de los mismos.

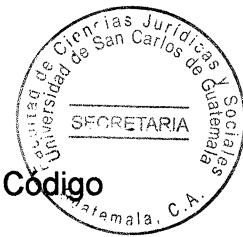


Discernido el cargo, o formalizada la entrega de bienes, si los hubiere, el guardador asumirá la representación del ausente, cesando desde ese momento en sus cargos el defensor judicial y el depositario, si no hubiere recaído en alguno de ellos el nombramiento de guardador.”

En lo regulado en el artículo citado, el legislador le confiere al guardador todas las facultades tanto generales como especiales para que represente al ausente, en los casos en que sea requerido, tales como responder a una demanda o que deba hacer valer algún derecho en juicio.

Sin embargo, el Artículo 415 también regula limitación para el guardador, ya que señala que para cumplir con algunos asuntos necesita autorización judicial, por lo tanto, la representación judicial del guardador únicamente se refiere a la protección de los derechos del ausente, así como, defenderlo en los juicios que sean necesarios, lo que significa que no tiene derecho iniciarlos.

Además, existen otros derechos a favor del ausente que el guardador, administrador o representante del ausente puede ejercitar, tales como: administrar los bienes a favor del ausente por cualquier título, de conformidad con los Artículos 61 y 62 del Código Civil, también para heredar, lo que hará por medio de su representante legítimo y en su defecto, el juez a petición de cualquier persona capaz o de la Procuraduría General de la Nación, le nombrará su representante o sea su defensor judicial, de conformidad con el Artículo 1100 del Código Civil.



Asimismo, el guardador puede aceptar una donación según el Artículo 1861 del Código Civil, tiene también el derecho de otorgar poderes especiales, tal como lo establece el Artículo 1691: el representante del ausente solo puede otorgar poderes especiales, para asuntos determinados que no puede ser atendidos por él personalmente.

Son variadas las facultades y atribuciones que le corresponde cumplir al guardador o administrador de los bienes del ausente, para lo cual recibirá un pago anual, establecido por el juez competente que declare la ausencia y haya otorgado el nombramiento al guardador.

4.6. Derechos del guardador de los bienes del ausente

El guardador o administrador tiene como derecho esencial recibir el pago por los servicios prestados, para lo que el Código Civil, vigente en Guatemala, en el Artículo 51 regula: “El guardador tendrá derecho a una retribución anual que fijara el juez de Primera Instancia competente, de acuerdo con lo dispuesto para la tutela en el artículo 340.”

Este artículo regula que la retribución o pago será a criterio del Juez de Primera Instancia a cargo del proceso de declaración de ausencia, además, dicho pago se hará anualmente y la cantidad será en relación a las rentas que produzcan los bienes dejados por el ausente.



Asimismo, el Artículo 340 del Código Civil vigente, regula que: “La tutela y protutela dan derecho a una retribución que se pagará anualmente y que no bajará del cinco ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo.

Cuando la retribución no hubiere sido fijada en el testamento, o cuando sin mediar negligencia del tutor, no hubiere rentas o productos líquidos, la fijará el juez, teniendo en cuenta la importancia del caudal del pupilo y el trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela.

La retribución se distribuirá entre el tutor y el protutor, correspondiendo al primero el setenta y cinco por ciento y al segundo el veinticinco por ciento restante.”

El citado Artículo es complemento del Artículo 51 del Código Civil, ya que para el legislador la retribución que debe recibir el guardador y administrador no debe ser menor al cinco ni mayor al quince por ciento, siempre que existan rentas y productos líquidos, de donde se obtenga dicha remuneración.

4.7. Obligaciones del guardador y administrador de los bienes del ausente

Respecto a las obligaciones del guardador la legislación civil no regula nada al respecto, únicamente se refiere a las obligaciones, facultades y prohibiciones del administrador, indicando que son los mismos que se otorgan a los tutores, según el Artículo 50 del Código Civil, vigente.

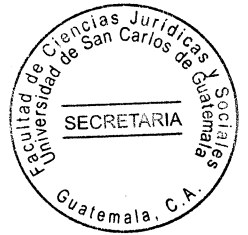


Es obligación del administrador, desde el primer de estar en el ejercicio de su cargo, debe presentar al juez el presupuesto de gastos de administración equivalente a un año para su respectiva aprobación. Ya que cada gasto que se efectúe deberá ir acompañado de documento justificativo de conformidad con el Artículo 347 del Código Civil, regula además, que solo podrá excusarse la comprobación de los gastos en que no se acostumbre presentar recibo.

Por lo tanto de conformidad con lo antes señalado, el Artículo 342 regula que es obligación del administrador llevar una contabilidad comprobada y exacta de todas las operaciones de su administración, ya que al final de su cargo deberá presentar una memoria que resuma los actos llevados a cabo. Por lo que, según los Artículos 343 y 344 del Código Civil deberá rendir cuentas anualmente ante el Juez y cuando finalice su cargo.

Además, el administrador que sustituya a otro está obligado a exigir la entrega de bienes y la rendición de cuentas al que lo ha precedido, con la condicionante de si no lo hiciera será responsable de los daños y perjuicios que por su omisión se causaren. Es importante indicar que los gastos que ocasione la rendición de cuentas deberán salir de las rentas de los bienes del ausente.

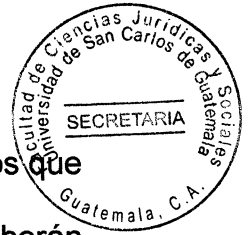
El administrador tiene la obligación de entregar a su sucesor todos los bienes y documentos que pertenezcan al ausente, cuando termine su cargo. Asimismo, si en la rendición de cuentas existiera saldo a favor o en contra del administrador producirá intereses legales.



4.8. Extinción del cargo de guardador de los bienes del ausente

Para la extinción de dicho cargo, el Código Civil, en el Artículo 53 regula cuatro razones por las cuales termina el cargo de guardador, de la manera siguiente:

- Cuando se apersona el ausente por sí o por medio de apoderado: esta razón es la primordial, ya que si el ausente regresa o se tiene conocimiento de su existencia por medio de mandatario tiene derecho a que se le devuelvan sus bienes en el estado en que se encuentren.
- Cuando se extingan los bienes o dejan de pertenecer al ausente: si no hay bienes la labor del guardador no tiene razón para ser, por lo tanto, es una manera de finalización de dicho cargo.
- Cuando fallezca el guardador, se le admita la renuncia o se le remueva del cargo: respecto a estas causas de terminación del cargo, queda únicamente el nombramiento de nuevo guardador, aunque cada caso será tramitado de manera distinta con un mismo resultado, sin embargo será un juez quien procederá de oficio para el nombramiento respectivo.
- Cuando se da la administración a los parientes del ausente: la cual puede ser solicitada y ejercida por el cónyuge o por los hijos y falta de ellos los parientes consanguíneos en el orden de sucesión que establece la ley.

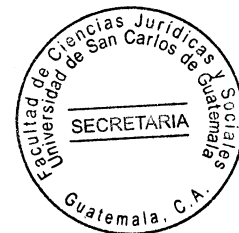


Las causas de terminación del cargo de guardadores anteriormente citados, son los que se aplican de conformidad con la ley civil guatemalteca, en las cuales deberán cumplirse con la rendición de cuentas y la entrega de bienes cuando aún existan al sucesor o al mismo ausente si regresa.

La legislación civil y procesal civil guatemalteca, se refiere de la misma manera a guardador como administrador, hace la diferenciación únicamente cuando se refiere a la administración de los bienes por los parientes, dando a entender que son figuras distintas, ya que para optar al cargo de guardado solo debe ser una persona de notoria honradez.

Sin embargo, en la administración por los parientes la ley estipula que puede ser ejercida por el cónyuge, por sus hijos o por parientes consanguíneos en orden de sucesión, además, deben prestar una fianza por el valor de los bienes del ausente, sin lo cual no pueden optar a dicho cargo, sin embargo en la práctica, los profesionales del derecho las utilizan de como sinónimos.

En el presente capítulo quedo establecido todo lo relativo al resguardo y a la administración de los bienes del ausente, así como, el tramite utilizado para el nombramiento del guardador que como quedo establecido se realiza en el mismo proceso de declaratoria de la ausencia, además, las facultades, derechos obligaciones del guardador y administrador y finalmente las formas de extinción del cargo de guardador. Por lo tanto, en la declaración de ausencia es donde se solicita la representación en juicio, la guarda y administración de los bienes del ausente.



CAPÍTULO V

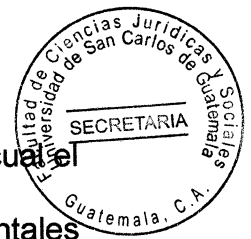
5. La inoperancia del guardador en el proceso de declaración de ausencia y muerte presunta

La declaración de la ausencia tiene como finalidad, la protección del patrimonio del ausente, es decir, debe asegurar que tanto sus bienes como los efectos tanto patrimoniales como familiares que conlleve dicho cargo sean protegidos. Para solicitar la declaración de la muerte presunta la legislación guatemalteca regula que deben transcurrir cinco años de haber sido declarada la ausencia.

5.1. Generalidades

Para que la ausencia sea declarada por juez de primera instancia competente, debe cumplirse con una serie de requisitos establecidos tanto en el Código Civil, como en el Código Procesal Civil y Mercantil, así como, los establecidos en el Decreto 54-77 del Congreso de la república de Guatemala lo que significa una serie pasos ordenados consecuentemente.

Razón por la cual, el juez en cuanto se presenta la solicitud de declaración de ausencia de una persona, inmediatamente se realiza el nombramiento de un defensor judicial, ya que de conformidad con el Artículo 44 es el único objeto, para los casos en que deba responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio.



Nombrado el defensor judicial, se continua con el trámite de dicha solicitud, en la cual el juez de primera Instancia después de haber corroborado que las pruebas documentales y testimoniales son verídicas procede a declarar la ausencia, momento en el cual se nombra al guardador de los bienes del ausente.

Después del nombramiento y aceptación del cargo de guardador, hasta ese momento los parientes del ausente pueden hacer la solicitud para ser administradores de los bienes del ausente. De una etapa a otra el tiempo transcurrió inevitablemente para los interesados, pudiendo evitarse ya que se pudo realizar el nombramiento de administrador en vez de guardador.

No está de más indicar, que una de la forma de terminación de dicho cargo es cuando regresa el ausente, por lo cual el guardador deberá rendir cuentas con los respectivas comprobantes y devolver los bienes en el estado en que se encuentren, además deberá entregarle una memoria que resuma todos los actos llevados a cabo en el cumplimiento de su cargo.

Respecto a la declaración de la muerte presunta, la ley establece que tiene que haber transcurrido cinco años de declarada la ausencia para iniciar el trámite de declaración de fallecimiento del ausente y será un Juez de Primera Instancia competente quien dictaminara si procede tal declaración. Declarada la muerte presunta, los herederos pueden solicitar la posesión de los bienes del muerto presunto.



En el caso de la muerte presunta, los herederos en posesión de los bienes podrán enajenar o gravar los bienes a cualquier título. Sin embargo, si se comprueba que el ausente vive cesará la posesión definitiva y se convierten automáticamente en administradores o guardadores del mismo.

5.2. Diferencias y similitudes entre guardador y el administrador de los bienes del ausente

Como quedo establecido en el capítulo anterior, en la práctica profesional guatemalteca, guardador y administrador son utilizados como sinónimos, pues el guardador es quien administra los bienes del ausente, sin embargo, en la doctrina cada palabra tiene un significado distinto ya que el guardador protege los bienes ajenos y el administrador de conformidad con el tratadista es:

“Persona física o jurídica que administra sus propios bienes o los ajenos. En Derecho Público es administrador, por medio de sus organismos, el Estado en general y específicamente el Poder Ejecutivo en sus diversos aspectos.”⁴⁷

El tratadista en mención, señala que el administrador es una persona jurídica con la capacidad de administrar los bienes ajenos, además, indica que son administradores las instituciones a cargo del Estado de cada país, de tal manera que administrador y guardador no significan lo mismo.

⁴⁷Cabanellas, Guillermo. **Op. Cit.** Pág. 443.



Sin embargo, cuando se trata de que sean los parientes los que se hacen cargo de los bienes del ausente, la legislación civil guatemalteca especifica que son administradores y estos pueden ser el cónyuge e hijos del ausente, señalando que a falta de hijos pueden solicitar la administración los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado.

Por lo tanto, una de las diferencias que se presenta es que el guardador debe ser un profesional del derecho, debido a que representara al ausente en todos los casos en que deba representarlo, ya sea para responder por una obligación como para hacer valer algún derecho. En cambio en la administración por parientes pueden ser sus parientes ya sea el cónyuge, sus hijos si los hubiere y los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Asimismo, otra diferencia es que el guardador solo acepta el nombramiento que le hace el juez de primera instancia para optar al cargo, sin embargo, para la administración por los parientes, el solicitante debe cumplir con el requisito indispensable de constituir hipoteca o prestar una fianza por el valor de los bienes del ausente, sin la cual no será otorgada dicha administración al solicitante, de conformidad con el Artículo 57 del Código Civil vigente en Guatemala.

Otra diferencia es la solicitud de nombramiento de guardador, ya que la misma se realiza en mismo proceso en que se solicita la declaración de la ausencia, en cambio en la administración por los parientes se realiza en un proceso distinto en el cual se debe cumplir con requisitos distintos para asumir la representación legal del ausente.



Asimismo, el guardador por el servicio prestado recibe una retribución anual, la que es fijada por el juez de primera instancia competente, de conformidad con la ley no podrá ser al cinco ni mayor al quince por ciento anual de las rentas de los bienes del ausente. El administrador por el contrario y de conformidad con el Artículo 59 y podrán disponer de los frutos naturales y civiles de los bienes del ausente.

En cuanto a las similitudes entre guardador y administrador, se encuentra la prohibición de enajenar o gravar los bienes del ausente sin autorización de juez competente, y si en dado caso se hubiere dispuesto de esa manera de algún bien, si el ausente regresa tiene derecho a solicitar el precio de lo vendido.

Además, en ninguno de los casos de representación ya sea el guardador o el administrador no tienen el poder para disponer libremente de los bienes del ausente, el guardador únicamente protege los bienes del ausente y el administrador solo obtiene la posesión de los mismos.

Las diferencias y similitudes citadas anteriormente, se refieren al cargo de guardador y a la administración solicitada por los parientes del ausente, para lo cual si existen incompatibilidades, de manera general se indica que la legislación civil y procesal civil las denomina indistintamente por lo cual el guardador es el que administra los bienes del ausente.

No está de más indicar, que existe diferencia entre guardador y administrador, únicamente cuando se refiere a la administración por los parientes, es allí donde la ley



hace la diferenciación, por lo demás, la ley regula que el guardador es el administrador de los bienes del ausente.

5.3. Análisis del trámite de declaración de ausencia y muerte presunta

Respecto al trámite de la declaración de ausencia, como quedo establecido en el capítulo dos es tramitado tanto en sede notarial como judicial, sin embargo, se indica que es de naturaleza mixta pues es un juez de primera instancia competente quien realiza la declaratoria de la ausencia.

La solicitud de la declaratoria de la ausencia conlleva una serie de pasos que deben cumplirse, iniciado con que dicha solicitud debe ser a petición de parte, es decir, puede solicitarlo cualquier persona que tenga derechos e interés en ello, de conformidad con el Artículo 8 del Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, demostrando mediante pruebas que no se tiene conocimiento del paradero de dicha persona y que la misma no deo mandatario para que lo represente.

Además debe probar, mediante información testimonial o documental el hecho de la ausencia, que no tiene parientes o mandatario con facultades suficientes para su representación, además de indicar el tiempo que tiene la persona de estar ausente.

En la prueba documental deberá presentarse la certificación de nacimiento del ausente, así como, la certificación extendida por el secretario de la Corte Suprema de Justicia en



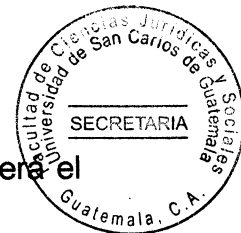
la que se acredita que el presunto ausente no tiene mandatario constituido y certificación del movimiento migratorio y cualquier otro que se considere pertinente.

Comprobado lo anterior, se procede a iniciar dicho proceso en este caso mediante jurisdicción voluntaria, para lo cual el notario redacta el acta de requerimiento en la cual se indica lo antes relacionado. Se redacta asimismo, la primera resolución en la que se indica la admisión para el inicio de dicho trámite y la notificación respectiva a la Procuraduría General de la Nación.

Respecto a las declaraciones testimoniales, deben ser mediante acta notarial ya que en asuntos de jurisdicción voluntaria todas las actuaciones se hacen constar en las mismas, asimismo, el notario a cargo del proceso y en cumplimiento de la ley, deberá realizar las publicaciones donde se indicara el inicio del trámite, así como la razón por la cual se solicita la declaratoria de ausencia.

Una de las características de la tramitación en jurisdicción voluntaria se debe a que en dichos procesos no existe litigio, sin embargo, en el proceso de declaración de ausencia se puede dar algún caso de oposición al mismo, para lo cual el expediente deberá ser remitido a centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia del Organismo Judicial para que sea resuelto.

Cuando la oposición es presentada por varias personas que creen tener derecho sobre la representación del ausente, se indica que será resuelto en la vía de los incidentes de



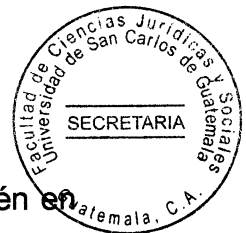
conformidad con el Artículo 135 de la Ley del Organismo Judicial, para lo cual será el juez quien al declarar la ausencia nombre a la persona con mejor derecho como guardador o administrador de los bienes del ausente.

Cuando no existe ninguna oposición el Juez de Primera Instancia nombra al defensor judicial quien será el encargado de proteger los derechos del ausente en caso que sea necesario, cargo que ostentará hasta el momento en que sea nombrado el guardador o administrador.

Después de haber comprobado la veracidad en la solicitud, el juez de primera instancia con la intervención de la Procuraduría General de la Nación, procederá a dictar la resolución final en la cual se nombra al guardador o administrador de los bienes del ausente.

Cuando la solicitud de la declaración de la ausencia se realiza ante los tribunales de Justicia, es decir, a través de un Juzgado de Primera Instancia, la solicitud será presentada llenando los requisitos de un escrito inicial, además, deberá presentar la misma información tanto documental como testimonial que se presenta en el trámite notarial. Asimismo, cuando el trámite es únicamente judicial se debe hacer las publicaciones respectivas al igual que cuando es tramitado en jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, cuando la declaración se tramita en jurisdicción voluntaria, el o los solicitantes tienen como ventaja la celeridad del proceso, sin embargo, la tramitación en



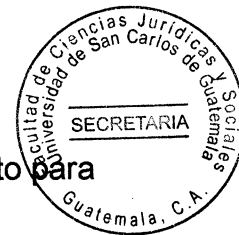
sede judicial el tiempo será de conformidad con la cantidad de procesos que estén en trámite en el juzgado en que se lleve a cabo dicha diligencia.

Respecto al trámite de la muerte presenta, esta no se encuentra regulada en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, únicamente lo que regula el Artículo 63 del Código Civil, señalando el plazo que debió concurrir desde la declaratoria de la ausencia, por lo que señala que para iniciar el trámite de la ausencia debió haber transcurrido cinco años.

Por lo tanto, para iniciar el trámite de la declaración de la muerte presunta, es necesario que hayan transcurrido cinco años de la declaratoria de la ausencia, ya que uno de los requisitos es presentar el acta de discernimiento del cargo de guardador o administrador de los bienes, así como el auto que declaro la ausencia otorgado por el juez de primera instancia competente, debidamente inscrita en el Registro Nacional de las Personas.

El Juez de Primera Instancia competente, después de comprobar los hechos presentados procede a la declaración judicial de fallecimiento del ausente, es decir, se señala la posible fecha de muerte. Declarada la muerte del ausente los herederos pueden iniciar con la solicitud para la posesión de la herencia.

Como quedo establecido, la institución de la muerte presunta no contiene en la regulación legal guatemalteca un procedimiento específico para realizar dicha la



solicitud, ya que el Código Procesal Civil y Mercantil regula un mismo trámite tanto para la ausencia como para la muerte presunta.

Para lo cual se hace necesario que dichos trámites tuvieran un procedimiento específico para cada uno, facilitando de esta manera dicho proceso a los solicitantes, así como, a los profesionales del derecho y a la administración de justicia, respectivamente.

5.4. Motivos a considerar inoperante la figura del guardador de los bienes del ausente

Cuando se solicita la declaración de ausencia de una persona, es con la finalidad de proteger los derechos patrimoniales y familiares de una persona, por lo tanto, a falta de mandatario con facultades especiales se realiza la misma, ya que el ausente tiene derechos que ejercitar y obligaciones que cumplir, dentro de la República de Guatemala.

Sin embargo a criterio de la sustentante, el nombramiento de guardador es ineficaz y una pérdida de tiempo ya que sin ello no se puede solicitar la administración por medio de parientes, además, que las funciones son básicamente las mismas y como quedo establecido en Guatemala guardado y administrador son utilizados como sinónimos.

Asimismo, el trámite para solicitar la administración de los bienes del ausente por los parientes, no se encuentra regulado en ninguna ley, menos la Ley Reguladora de la

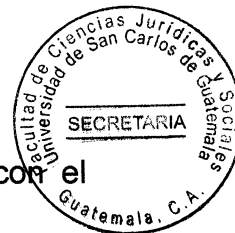


Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, lo cual se hace necesario para los solicitantes, así como, para los profesionales del derecho.

Es importante indicar, que en el Código Civil se debe establecer desde el primer Artículo que se refiere a la ausencia quienes tienen derecho a solicitar la ausencia, el cónyuge y los hijos del ausente si los tuviere, a falta de ellos podrán solicitar los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o en su defecto mandatario con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones o haciendo valer algún derecho del ausente.

Lo anterior se indica debido a que la propia ley se contradice, ya el Artículo 43 del Código Civil regula únicamente regula que la solicitud debe ser a petición de parte, no especifica quienes pueden hacer dicha solicitud, sin embargo, el Código Procesal Civil en el Artículo 411 en el numeral dos regula uno de los requisitos que el solicitante debe comprobar y este se refiere a que el ausente no debe tener parientes o mandatario con facultades suficientes, lo que significa que dicha solicitud puede ser realizada por cualquier persona.

Asimismo, lo ideal sería que desde que inicia el trámite para la declaración de la ausencia, la administración de los bienes sea otorgada directamente al pariente con mejor derecho.



Con los requisitos establecidos en dicho apartado. Ya que, de conformidad con el Artículo 58 la representación del guardador termina, cuando el administrador entra en posesión de los bienes del ausente.

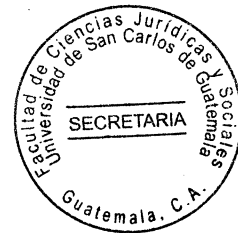
Además, si la legislación civil permitiera el nombramiento de administrador por parientes del ausente, se haría dicho nombramiento al declararse la ausencia, en vez de nombrar guardador de los bienes. De esa cuenta, el trámite sería provechoso para los solicitantes en cuanto a la celeridad procesal.

Otro motivo para considerar inoperante el nombramiento de guardador, es que mientras el juzgador resuelve la solicitud de la administración de los parientes, genera que se retarde la declaración de la muerte presunta. Por lo que se hace necesaria la exclusión del guardador en la declaración del ausente, nombrando en su defecto la administración de los bienes directamente al pariente con mejor derecho, de esta manera se lograría que el proceso no sea retardado.

5.5. Proyecto de ley de reforma al Código Civil

DECRETO NÚMERO _____ 2019

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA



CONSIDERANDO:

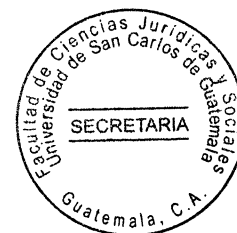
El Código Civil, contiene lo relativo a la institución de la ausencia regulando cuando se solicita, quienes pueden solicitarlo, así como, el objeto que es el nombramiento de defensor judicial, para luego proceder a la respectiva declaración y nombramiento de guardador a quien se le otorgan las mismas facultades que al administrador, por lo cual se hace necesario realizar reformas, respecto a esta institución, con la finalidad de omitir lo relacionado al guardador y que se nombre al administrador para que haga sus veces.

CONSIDERANDO:

La legislación civil guatemalteca, tiene como objetivo principal facilitar a los ciudadanos una guía para el conocimiento y defensa de sus derechos, dentro de los cuales se encuentra el trámite para la declaración de la ausencia, en dicho caso, para evitar la doble tramitación es necesario reformar en el sentido de otorgar el cargo de administrador de los bienes del ausente y derogar lo concerniente al guardador.

POR TANTO:

En ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República:



DECRETA:

La siguiente Reforma al Código Civil, Decreto Ley número 106.

Artículo 1. Se reforma el Artículo 46 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de gobierno, el cual queda así:

Artículo 46. Termina el cargo de defensor judicial del ausente:

- a) Desde que termine el litigio en que se le nombró;
- b) Desde que se nombre administrador de bienes al ausente; y
- c) Desde que el ausente se apersona por sí o por medio de apoderado con facultades suficientes.

Artículo 2. Se reforma el Artículo 47 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de gobierno, el cual queda así:

Artículo 47. Declaración de ausencia para la administración de bienes del ausente. Cuando el ausente tenga bienes que deban ser administrados, cualquier persona capaz o el Ministerio Público puede denunciar la ausencia y solicitar el nombramiento de administrador de sus bienes.

El juez nombrar un defensor específico en estas diligencias, que exclusivamente tendrá a su cargo la representación judicial del presunto ausente y dictará las providencias



necesarias para asegurar los bienes, nombrando un depositario, que puede ser el mismo defensor.

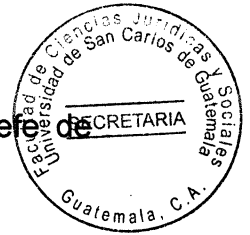
Artículo 3. Se reforma el Artículo 49 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de gobierno, el cual queda así:

Artículo 49. La ausencia debe ser declarada judicialmente. Concluido el procedimiento respectivo y hecho el nombramiento definitivo de administrador, la persona designada entre las que menciona el artículo que precede, recibirá los bienes, llenando previamente los requisitos legales y asumirá la representación del ausente, cesando en sus cargos el defensor específico y el depositario provisional.

Artículo 4. Se reforma el Artículo 50 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de gobierno, el cual queda así:

Artículo 50. El representante del ausente es administrador de los bienes de éste y tiene las mismas obligaciones, facultades y prohibiciones de los tutores, en lo que fueren aplicables.

Artículo 5. Se deroga el Artículo 51 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de gobierno.



Artículo 6. Se deroga el Artículo 52 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de gobierno.

Artículo 7. Se reforma el Artículo 53 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de gobierno, el cual queda así:

Artículo 53. Termina el cargo de administrador cuando:

1. Se apersona el ausente por sí o por medio de apoderado;
2. Cuando se extinguen los bienes o dejan de pertenecer al ausente;
3. Cuando fallezca el administrador, se le admita la renuncia o se le remueva del cargo, según las reglas establecidas para el tutor en lo que fueren aplicables, en cuyos casos el juez procederá de oficio a nombrar nuevo administrador.

Artículo 8. Se deroga el Artículo 54 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de gobierno.

Artículo 9. El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo en la ciudad de Guatemala, a los _____ días del mes de _____ de 2019.

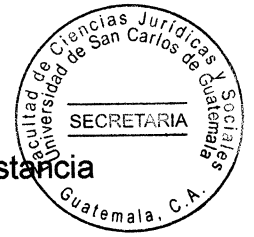


La reforma al Código Civil, Decreto Ley 106, antes descrita tiene como finalidad la celeridad del trámite de la declaración de la ausencia, ya que en dicho procedimiento no será necesario que el Juez de Primera Instancia nombre un guardador, sino nombrara directamente al administrador para que se haga cargo de los bienes del ausente, desde el momento que sea declarada la ausencia.

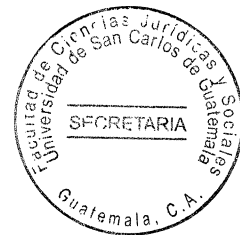
Por lo tanto, los bienes del ausente serán administrados por los parientes de conformidad con la ley, logrando minimizar los gastos y el tiempo de los solicitantes interesados, con el objetivo de cumplir con la declaración de la ausencia y posteriormente con la declaración de la muerte presunta del ausente.

Por las razones descritas el cargo de guardador de los bienes del ausente se hace inoperante, ya que si puede nombrarse administrador después de terminar el cargo el defensor judicial, no hay necesidad de que dicha figura se encuentre regulada en el Código Civil guatemalteco, sino únicamente lo relativo al administrador, para lo cual es necesaria dicha reforma.

El presente capítulo se realiza con el objetivo de demostrar que la figura del guardador en el Código Civil es ineficaz, para lo cual fue necesario encontrar las diferencias y similitudes entre guardador y administrador de los bienes del ausente, y que básicamente tienen como función esencial la administración de los bienes del ausente. Por lo cual, es necesario que se nombre de una vez al administrador, para que cumpla



con sus funciones desde la declaración de la ausencia por Juez de Primera Instancia competente.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La jurisdicción voluntaria, se caracteriza porque en el procedimiento no existe litigio entre las partes, pues estas realizan el trámite de forma voluntaria ya sea en sede judicial o ante notario.

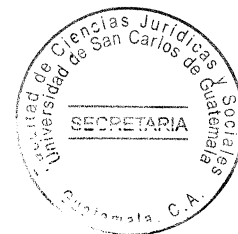
Cuando se hace referencia a la ausencia, se está señalando la no presencia de una persona en el lugar donde debería encontrarse y por lo regular esta se declara cuando se presume que la persona se ausente por largo tiempo y por medio de la administración y resguardo de los bienes del ausente, lo que se busca es tener la protección de los bienes del ausente, sin embargo, hasta la presente fecha, el Código Civil, establece un procedimiento que resulta largo y el mismo provoca atraso en el proceso iniciado.

El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, así como las Universidades del país, debe implementar cursos por medio de los cuales se puedan ampliar los conocimientos tanto de estudiantes como de profesional del derecho con respecto a la importancia de la jurisdicción voluntaria en Guatemala, ampliar los pensum en materia civil, en lo que respecta a lo relativo a la muerte presunta, para así comprender de una mejor manera lo relativo a esta.

El Congreso de la República de Guatemala, debe derogar los artículos del Código Procesal Civil y Mercantil, 411 al 417 para que el trámite de la ausencia y muerte



presunta solamente sea tramitado en jurisdicción voluntaria notarial, para así evitar la mora judicial; y en lo relativo a que sea decretada la ausencia, se nombre inmediatamente al administrador de los bienes, excluyéndose de esa manera la figura del guardador.



BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. **Compendio de derecho civil**. Barcelona, España: Librería Bosch – Ronda Universidad, 1976.
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias González. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria en Guatemala**. Guatemala: Ed. Fénix, 2015.
- BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Guatemala: Ed. IUS, 2011.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2018.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1977.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español, común y foral**. España: Ed. Reus, 1978.
- CIFUENTES, Santos. **Elementos de derecho civil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo De palma, 1999.
- COUTO, Ricardo. **Derecho civil**. México: Ed. Jurídica Universitaria, 2002.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. México: Ed. Nacional, 1984.
- DE LA CRUZ LAGUNERO, José Manuel. **Jurisdicción Voluntaria y Función Notarial**. México: Ed. Separata Revista de Derecho Notarial, 1988.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1959.



FERNÁNDEZ Egea, María Ángeles. **La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio.** España: Universidad del País Vasco, 2015.

IGLESIAS, Juan. **Derecho romano.** Madrid: Ed. Sello, 2010.

LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón. Principales novedades de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria. [https://:www.legaltoday.com](https://www.legaltoday.com). (Consultado el 10 de enero 2019).

MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial.** Guatemala: Ed. Llerena, 1998.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2000.

PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. **Derecho Romano.** Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2008.

PRIETO-CASTRO y Ferrándiz, Leonardo. **Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares.** Madrid: Ed. Tecnos. 1986.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** España: Ed. Arranzadi Pamplona, 1972.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil, Decreto Ley 106. Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de la República, 1963.



Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107. Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de la República, 1963.

Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, 1945.

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto Número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, 1977.

Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.

Arancel de Abogados Árbitros, Procuradores, Mandatarios Judiciales, Expertos, Interventores y Depositarios, Decreto 111-96 del Congreso de la República de Guatemala, 1996.