

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



DERECHO DE LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS DE ADQUIRIR LOS
BIENES DEL AUSENTE POR PRESCRIPCIÓN, REFORMA A LOS
ARTÍCULOS 72 Y 76 DEL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106

MIRNA AMABILIA ESTRADA GARCÍA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2007

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

**DERECHO DE LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS DE ADQUIRIR LOS BIENES
DEL AUSENTE POR PRESCRIPCIÓN. REFORMA A LOS ARTÍCULOS 72 Y 76
DEL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por;

MIRNA AMABILIA ESTRADA GARCÍA

Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
y los títulos profesionales de
ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2007

BUFETE JURIDICO
AVENIDA REFORMA 7-62 ZONA 9
EDIFICIO ARISTOS REFORMA OF. 617, 6TO.
TEL. 57367579



Guatemala, 15 de enero, 2007

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad de Guatemala

Señor Decano:

De conformidad con el nombramiento emitido por la decanatura a su cargo procedí a la asesoría de tesis de la Bachiller MIRNA AMABILIA ESTRADA GARCIA intitulado "DERECHO DE LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS DE ADQUIRIR LOS BIENES DEL AUSENTE POR PRESCRIPCIÓN, REFORMA A LOS ARTÍCULOS 71, 72 Y 76 DEL CODIGO CIVIL, DECRETO LEY 106" el cual fue modificado, quedando de la siguiente manera: "DERECHO DE LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS DE ADQUIRIR LOS BIENES DEL AUSENTE POR PRESCRIPCIÓN, REFORMA A LOS ARTÍCULOS 72 Y 76 DEL CODIGO CIVIL, DECRETO LEY 106" y para el efecto emito el siguiente DICTAMEN:

El tema abordado por la estudiante es de especial importancia en virtud de que actualmente es necesario y obligatorio constitucionalmente garantizar el Derecho de Propiedad regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala siendo de vital importancia proteger no sólo a los propietarios de bienes sino también a los Herederos y Legatarios de los Ausentes que han obtenido los bienes en posesión definitiva y posteriormente los deben devolver si el ausente se presenta no importando el tiempo transcurrido desde que dicha posesión fue entregada.

En dicha investigación se denota el interes de la investigación en virtud de que no solo se pretende proteger al propietario sino también a los que resulten herederos y legatarios al lograr que se aplique a la institución de la Ausencia el Derecho a Prescripción adquisitiva a favor del heredero o legatario no olvidando nunca del derecho que tiene el propietario sobre los bienes entregados en posesión definitiva.

Estudie y analicé el contenido del tema desarrollado sugiriendole hacer las correcciones que a mi juicio eran pertinentes por lo que durante el transcurso del mismo pude apreciar que se cumple con los requisitos exigidos por el reglamento para la elaboración de tesis ya que el tema es de vital importancia tanto académico como social, generando con el presente trabajo un aporte a estudiantes y profesionales.



Por lo anterior, EMITO DICTAMEN FAVORABLE, indicando que el trabajo puede ser discutido en examen publico, previo dictamen del abogado revisor que para el efecto se nombre.

Atentamente,

BLANCA ODILIA ALFARO GUERRA DE NAJERA

Colegiado 5040

BLANCA ODILIA ALFARO GUERRA
Abogado y Notario



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintidós de febrero de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) ROSA ACEVEDO DE ZALDAÑA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **MIRNA AMABILIA ESTRADA GARCÍA**, Intitulado: **"DERECHO DE LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS DE ADQUIRIR LOS BIENES DEL AUSENTE POR PRESCRIPCIÓN, REFORMA A LOS ARTÍCULOS 72 Y 76 DEL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. 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. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Licda. ROSA HERLINDA ACEVEDO NOLASCO DE ZALDANA
21 CALLE 7-75 ZONA 1 OF. 204 EDIF. OFICENOR
CIVICO 22204227



Guatemala, 05 de marzo, 2007

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad de Guatemala

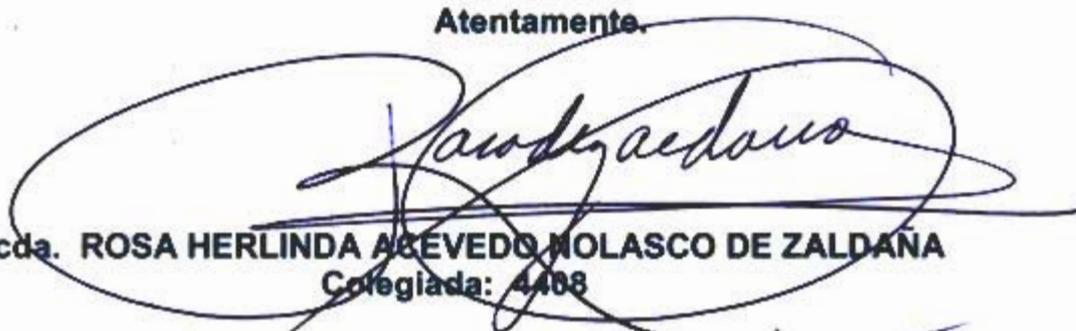
En cumplimiento de la providencia dictada por el Decanato con fecha veintidos de febrero del año dos mil siete, procedí a REVISAR el trabajo de tesis presentado por la Bachiller MIRNA AMABILIA ESTRADA GARCIA, intitulado "DERECHO DE LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS DE ADQUIRIR LOS BIENES DEL AUSENTE POR PRESCRIPCIÓN, REFORMA A LOS ARTICULOS 72 Y 76 DEL CODIGO CIVIL, DECRETO LEY 106"

Al respecto he de manifestarle que el referido trabajo llena todos los requisitos establecidos en el reglamento respectivo, constituyendo a la vez un trabajo de suma importancia en nuestra actualidad y por consiguiente una investigación de relevancia en tal sentido se hicieron las observaciones pertinentes al caso, respetando siempre el criterio e ideas propias del sustentante.

El trabajo en mención cumple con los requisitos requeridos razón por lo cual OPINO que puede ser materia de discusión para el examen correspondiente del autor.

Sin otro particular, me suscribo de usted

Atentamente,


Licda. ROSA HERLINDA ACEVEDO NOLASCO DE ZALDANA
Colegiada: 4488

Licda. Rosa Acevedo de Zaldana
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de septiembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MIRNA AMABILIA ESTRADA GARCÍA, Titulado "DERECHO DE LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS DE ADQUIRIR LOS BIENES DEL AUSENTE POR PRESCRIPCIÓN, REFORMA A LOS ARTÍCULOS 72 Y 76 DEL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Rosa Elena Méndez Calderón (+)
Vocal: Licda. Silvia Marilú Solórzano Rojas
Secretaria: Licda. Dora Lizett Najera Flores de Flores

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt
Vocal: Licda. Eloisa Mazariegos Rivera
Secretaria: Licda. Mayra Yohana Véliz López

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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

DEDICATORIA

A DIOS Y A LA
VIRGEN MARÍA:

Por ser mi guía y la luz que ilumina mi camino.

A MIS PADRES:

Boanerges Estrada y María Inés de Estrada. Por su amor y apoyo incondicional, por cada uno de sus sacrificios y sabios consejos, éste título es parte de mi gran agradeciendo, los amo.

A MIS HERMANOS:

Guisela, Sergio, Lucky y Erick, por ser mis acompañantes incondicionales y brindarme el apoyo en cada una de mis actividades.

A MIS SOBRINOS:

Eva María, Laura, Ericka, Mynor, Jessica, Marlon, Michael, Lesly, Sofía y Fernando. Quienes indirectamente son los artífices de este logro; ya que este triunfo es un ejemplo para que ellos también se superen y que sepan que siempre están en mi mente y corazón; ilos quiero mucho!

A MIS AMIGOS:

A todos aquellos que de una u otra forma me han apoyado durante toda mi carrera, especialmente, a Claudia, Mayra Alfaro, Ingrid, Mayra Soto, Erick, Carlitos, Susy, Edwin y Herbert, quienes han estado conmigo en las buenas y las malas. Muchas gracias amigos, ilos quiero mucho!

ESPECIALMENTE:

A la familia Portillo Illescas, por todo su apoyo y cariño, ¡muchas gracias!

A LA UNIVERSIDAD DE
SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Por ser mi segundo hogar y por albergarme durante toda mi vida de estudiante; especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La ausencia	1
1.1 Antecedentes históricos	1
1.2 Teoría general	4
1.3 Definiciones	4
1.3.1 Doctrinarias	4
1.3.2 Personal	5
1.3.3 Legal	6
1.4 ¿A quién se le considera ausente?	6
1.5 Elementos	6
1.6 Sistemas jurídicos	7
Látino o francés	7
Alemán o germánico	7
1.7 Períodos	8
1.8 Efectos jurídicos	9
1.8.1 Personales	9
1.8.2 Patrimoniales	9
1.9 Regulación legal	10

CAPÍTULO II

2. Muerte presunta	11
2.1 Generalidades	11
2.2 Antecedentes históricos	11
2.3 Definiciones	12
2.3.1 Doctrinarias	13
2.3.2 Personal	13
2.3.3 Legal	14
2.4 Efectos jurídicos	14
2.5 Características.....	14

	Pág.
2.6 Elementos.....	15
2.7 Diferencia entre ausencia y muerte presunta	15
2.8 Clases	16
Muerte simple	16
Muerte calificada	16
2.9 Regulación legal	17
2.10 Enlace general entre ausencia y muerte presunta	17

CAPÍTULO III

3. La propiedad	19
3.1 Generalidades	19
3.2 Antecedentes históricos	20
3.3 Definiciones	24
3.3.1 Doctrinarias	24
3.3.2 Legal	25
3.4. Teorías que justifican el derecho de propiedad	26
3.4.1 De la ocupación	26
3.4.2 Del trabajo.....	26
3.4.3 De la convención.....	26
3.4.4 De la ley	26
3.5. Derecho de propiedad	27
3.6. Facultades del derecho de propiedad	27
3.7. Elementos	28
3.7.1 Es un derecho absoluto	28
3.7.2 Es un derecho exclusivo	28
3.7.3 Es un derecho perpetuo	28
3.8. Limitaciones	29
3.9. Regulación legal	31

CAPÍTULO IV

4.	La posesión	33
4.1.	Antecedentes históricos	33
4.2.	Naturaleza jurídica	33
4.3.	Definiciones	34
4.3.1	Doctrinarias	34
4.3.2	Legal	35
4.4.	Elementos	35
4.4.1	Material	35
4.4.2	Intencional	35
4.5.	Características	36
4.6.	Clases	36
4.7.	Requisitos	38
4.8.	Diferencia entre propiedad y posesión.....	38
4.9.	Regulación legal	39
4.10	Conclusión de los capítulos de la propiedad y la posesión.....	39

CAPÍTULO V

5.	La prescripción.....	41
5.1.	Generalidades.....	41
5.2.	Definiciones.....	42
5.3.	Clases	43
5.4.	Regulación legal	43
5.5.	Comparación legal de la prescripción en la institución de la ausencia con otras instituciones reguladas en el Código Civil	44
5.6.	Conclusión general.....	46

CAPÍTULO VI

6.	Trámite de la ausencia	47
6.1	Judicial	47

	Pág.
6.3 Notarial	50
 CAPÍTULO VII	
7. Análisis y reforma de los Artículos 72 y 76 del Código Civil, Decreto Ley 106	53
7.1 Análisis de los Artículos 72 y 76 del Código Civil Decreto Ley 106	53
7.2 Propuesta de Reforma de los Artículos 72 y 76 del Código Civil Decreto Ley 106	54
 CONCLUSIONES.....	 57
RECOMENDACIONES.....	59
BIBLIOGRAFÍA.....	61

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito fundamental establecer que las personas que reciben bienes del ausente, en forma definitiva, tienen derecho a obtenerlos por prescripción, ya que actualmente en nuestra legislación los bienes nunca van a ser entregados en forma definitiva en virtud de que deben ser devueltos al ausente en cualquier momento en que se apersona, no importando cuánto tiempo transcurra, por lo que se pretende establecer que así como en otras instituciones se puede aplicar la prescripción, también se podría aplicar en la institución de la ausencia.

Dentro del contexto de esta investigación se analizan las siguientes hipótesis planteadas: a) los bienes del ausente obtenidos en posesión definitiva se tienen que devolver cuando se apersona por sí o por medio del apoderado, el ausente; b) Se viola el derecho de propiedad garantizado en la Constitución Política de la República, al obligar a la persona que ha adquirido los bienes en posesión definitiva a devolverlos.

Los objetivos primordiales de la investigación son demostrar que se puede obtener la posesión definitiva de los bienes del ausente por prescripción; en virtud de que en nuestra legislación existen otras instituciones en las cuales opera dicha figura, además de la obligación que

debe tener el poseedor definitivo de entregar los bienes del ausente, si éste se apersona antes de que se cumpla el plazo para operar la prescripción; pero si el ausente se apersona después de operada la prescripción, el poseedor definitivo no tendrá la obligación de entregar los bienes, pero el ausente si tendrá derecho a recibir una indemnización del veinte por ciento de los bienes que el poseedor definitivo haya recibido en posesión definitiva.

Dentro del trabajo de investigación se tratan temas importantes, tales como: la ausencia, la teoría general de la ausencia, clases de ausencia, efectos jurídicos de la ausencia, la muerte presunta, efectos jurídicos de la muerte presunta, clases de muerte presunta, la propiedad, teorías que justifican el derecho de propiedad, facultades del derecho de propiedad, la posesión, formas de proteger la posesión, clases de posesión, la prescripción, clases de prescripción, y el trámite general de la ausencia.

Este estudio fue elaborado mediante el desarrollo de seis capítulos: el primero versa sobre la ausencia; el segundo desarrolla lo que es la muerte presunta; el tercero nos establece lo que es la propiedad; el cuarto se refiere a la posesión; el quinto a la prescripción; el sexto nos indica el trámite legal de la ausencia y en el séptimo se realiza un análisis y se presenta la reforma de los Artículos 72 y 76 del Código Civil, Decreto Ley 106.

CAPÍTULO I

1. La ausencia

1.1 Antecedentes históricos

No es precisamente la ausencia una de las instituciones que tienen más ricos antecedentes históricos. En el derecho romano faltó una doctrina sistemática sobre la misma, pero es dable encontrar algunas disposiciones aisladas sobre la institución de la ausencia. En el *ius postliminii* (derecho antiguo) pueden verse, en efecto algunos supuestos, y en algún cuerpo legal como el *Digesto* se encuentran disposiciones muy aisladas. La característica del derecho romano, en orden a los efectos de la ausencia estriba en que no se presumía muerta a una persona mientras no se probase, y, por lo tanto, no se abría sucesión, entregándose los bienes a los herederos sin perjuicio de los derechos de aquel. Mientras duraba la ausencia parece aceptable la hipótesis de creer que se nombraría un curador especial.

En el derecho germánico, por el contrario se presumía la muerte después del transcurso de un lapso de tiempo relativamente breve. No se establecía cautela de bienes, sino que éstos se entregaban en plena potestad a los parientes más cercanos, constituyendo una posesión especialísima, que luego se consolidaba con el transcurso del tiempo.

Durante las cruzadas, las constantes guerras, y otras circunstancias que se dieron en la Edad Media no se pudieron encontrar doctrinas sistematizadas con relación a la ausencia, pero en el derecho romano se idearon algunas soluciones como la formulada por los estatutarios de la presunción de muerte, transcurridos cien años. En el siglo XVI los jurisconsultos italianos hicieron ya una construcción sistemática de la ausencia.

En las Leyes de Partidas se establecía que si el ausente se marchó a lejanas tierras y existe fama pública de que ha muerto, bastaban diez años de ausencia; pero si se marchó a tierras cercanas donde no es difícil averiguar la verdad directamente y la fecha de la muerte o si la ausencia no excede de cinco años, entonces no bastaba la prueba de fama pública. Otra ley ordenaba que se proveyese de curador al ausente cuando fuera demandado.¹

En la legislación guatemalteca la figura de la ausencia se encuentra 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.

¹ Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil español. Tomo I.* Pág. 270

En la actualidad nuestra legislación sustantiva vigente 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 se regula de la siguiente forma:
 - En el Código de 1877 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.
 - 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.
- La posesión definitiva según el Código Civil de 1933 podía ser solicitada transcurridos setenta y cinco años desde que se decreto la posesión provisional o diez años desde que se tuvo la última noticia del ausente, en la legislación actual se requiere de cinco años para poder obtener la posesión definitiva de los bienes desde que se decreto la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente.
- 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.

1.2 Teoría general

Noción de la ausencia: El término de ausencia tiene jurídicamente un sentido técnico preciso sobre cuya significación existe unanimidad. Sirve para designar la situación jurídica de una persona cuya existencia se duda; por lo tanto la noción de ausencia más bien se refiere a la cuestión de la existencia de las personas físicas.

1.3 Definiciones

1.3.1 Doctrinales:

- "En el sentido corriente, ausente es quien no se encuentra en un momento dado en el lugar en que debía estar. En el sentido que se le da en el derecho, ausente es ante todo quien no se encuentra ya en su domicilio. El ausente por lo tanto es quien ha desaparecido de su domicilio sin que se tengan noticias de él".²
- "Ausente en sentido vulgar, es la persona que esta fuera del lugar en que tiene su domicilio o residencia. Ausencia equivale a no presencia pero, en sentido técnico, ausente es el que desapareció, ignorándose su paradero y dudándose de su

² Bonnecse, Julian. **Tratado de derecho civil.** Pág. 135, 136

existencia; la ausencia exige, pues la incertidumbre absoluta sobre la existencia de una persona".³

- Ausencia es la condición legal de la persona cuyo paradero se ignora. Es el estado de la persona cuya desaparición y falta de noticias durante un tiempo más o menos largo, tornan su existencia incierta.
- "Ausente es quien no se encuentra en el lugar de referencia. Más concretamente, la persona cuyo paradero y existencia se ignora, por haber desaparecido de su domicilio habitual o de haber dejado de dar noticias suyas".⁴

1.3.2 Personal

Ausencia es la situación en que se encuentra una persona con relación a sus vínculos familiares y materiales, con otras personas y bienes, por no encontrarse en su lugar habitual, ignorando su paradero y no tener mandatario que legalmente lo represente.

³ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Pág. 70

⁴ Muñoz, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria.** Pág. 54

1.3.3 Legal:

Según el Artículo 42 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece
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.

1.4 ¿A quién se le considera ausente?

De acuerdo con la exposición de motivos del Código Civil actual se puede establecer que para que una persona sea considerada ausente se deben cumplir con los siguientes requisitos:

- Quien ha desaparecido de su domicilio
- Cuando se ignora su paradero
- Quien no ha dejado mandatario legalmente constituido

1.5 Elementos

- Haber desaparecido de su domicilio
- Que exista duda sobre su existencia

1.6 Sistemas jurídicos

- Latino o francés

Se basa en la distribución de tres períodos importantes que son la presunción de ausencia, posesión provisional y posesión definitiva, con plazos muy largos, el primero se limita a tomar medidas de protección de los intereses del ausente en el segundo se organiza la protección de su patrimonio de modo estable, concediéndose la posesión provisional y en el tercero se abre la sucesión del ausente. Este sistema resulta complicado, con plazos excesivamente largos, para los medios de comunicación actuales, no llega nunca a la declaración de muerte del ausente, ni conoce la distinción entre ausentes y desaparecidos en una circunstancia de riesgo para las personas.

- Alemán o germánico

"Distingue la simple ausencia material (falta de presencia) de la desaparición. Las legislaciones modernas tienden a tomar como tipo el sistema alemán o germánico adecuándolo a las necesidades de cada país, y especialmente normando la presunción de muerte resultante por una calamidad natural o siniestro y cualquier caso de accidente en que se teme fundadamente por la vida de las personas que no aparecen y cuyo cadáver no fue encontrado,

casos en los cuales los plazos se reducen drásticamente por razón de la evidencia que hace más probable la no existencia de la persona".⁵

La legislación guatemalteca sigue la corriente del Sistema Alemán o Germánico en virtud de que en el Código Civil es establece la ausencia simple y la ausencia calificada con períodos de tiempo cortos para poder solicitar la posesión provisional de los bienes del ausente.

1.7 Períodos

Según la exposición de motivos del Código Civil, Decreto Ley 106, podemos establecer que se crea un orden a seguir para poder declarar la ausencia de una persona, las cuales las podemos describir de la siguiente forma:

- "Declaración de ausencia para la representación en juicio
- Declaración de ausencia para la guarda y administración de los bienes del ausente
- Administración de los bienes por parte de los parientes del ausente
- Muerte presunta
- Posesión definitiva de los bienes del ausente

⁵ Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*. Pág. 312

1.8 Efectos jurídicos

La división más general de los efectos de ausencia es la siguiente:

1.8.1 Personales

Son aquellos que recaen sobre la persona en sí o con relación a sus parientes o cónyuge, así tenemos que los más relevantes son:

- De la representación
- El de ejercer la patria potestad
- Lo relativo al nuevo cónyuge

18.2 Patrimoniales

Se originan por la declaración de ausencia de una persona y se puede clasificar de la siguiente manera:

- Con relación a la representación del ausente y defensa de su patrimonio el Artículo 43 del Código Civil, establece: Toda persona que tenga derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la república y se ausente de ella, deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante; y si no lo hiciere, se le declarará ausente a petición de parte.

Otro caso que regula la legislación guatemalteca es aquel en el cual el ausente que haya dejado apoderado, pero que a éste le falten facultades para la defensa en juicio, situación en la cual se nombrará como representante al mismo apoderado, tal como lo enuncia el Artículo 45 del Código Civil.

- Con relación a los derechos patrimoniales del ausente Con relación a los efectos de la ausencia el tratadista Federico Puig Peña hace la siguiente clasificación:
- Con relación a la representación del ausente y defensa de su patrimonio.
- Con relación a los poderes familiares.
- Con relación a los derechos patrimoniales del ausente

En conclusión, según el Código Civil la figura de la ausencia se instituye con la finalidad de que al ausente se le nombre defensor judicial, ya sea para responder a alguna reclamación o para hacer valer algún derecho.

9 Regulación legal

La figura de la ausencia se encuentra regulada en los Artículos del 42 al 77 del Código Civil Decreto Ley 106, Artículos del 411 al 424 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 y del 8 al 13 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77.

CAPÍTULO II

2. Muerte presunta

2.1 Generalidades

Con el fallecimiento de la persona se extingue el derecho al nombre, estado civil, capacidad, obligaciones *intuitu personae* (cualidad individual) y se transfiere a los herederos del causante los derechos y obligaciones patrimoniales.

La extinción de la persona física termina con la muerte sin embargo en determinadas ocasiones resulta imposible su comprobación material, teniendo en cuenta las circunstancias en que se encontraba el sujeto y el tiempo transcurrido desde que se tuvo la última noticia sobre su persona. La seguridad jurídica y el tráfico de bienes y servicios llevan al derecho a efectuar una abstracción y pese a no tener a la vista el cadáver del sujeto se presume su fallecimiento.

2.2 Antecedentes históricos

En el devenir histórico, esta figura a pesar de su importancia no fue regulada técnica ni sistemáticamente sino hasta el apareamiento del Código de Napoleón en Francia, debido a las continuas guerras y desapariciones de las personas. Luego de que el derecho francés reguló esta figura, nacieron en

otros países las instituciones motivo de este estudio (Italia, España, Alemania, y otros) haciendo una especial regulación de estas figuras, variando principalmente en los plazos o términos para obtener la declaración de ausencia o muerte presunta, los cuales han disminuido ostensiblemente, en virtud del avance tecnológico en los medios de comunicación y la urgencia del aseguramiento de los bienes patrimoniales o intereses personales del ausente o presunto muerto pretendiendo asegurar los mismos en su beneficio y en el de sus parientes o posibles sucesores.

En Guatemala se regula por primera vez la figura de la muerte presunta en el Código Civil de 1977 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.

2.3 Definiciones

Para poder definir lo que es la muerte presunta debemos hacer un comentario generalizado de lo que es la muerte, "Siendo que la muerte es un suceso personal que nadie puede describir por sí mismo. Desde la más remota antigüedad el hombre se ha sentido intrigado y atemorizado por la muerte, ha tratado de encontrar respuesta y soluciones para la ansiedad que ella produce. Todas las culturas conocidas han ofrecido alguna respuesta al problema del significado de la muerte, porque esta, al igual que el nacimiento

es universalmente considerada como un acontecimiento importante en la vida de cada ser humano".⁶

2.3.1 Doctrinarias

- "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".⁷
- Muerte presunta es 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"⁸

2.3.2 Personal

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.

⁶ Aguirre Rivera, Eluvia Ludivina. **Análisis crítico de la ausencia y muerte presunta**. Tesis de grado. Pág. 3

⁷ Puig Peña, Federico. **Manual de derecho civil español**. Pág. 320

⁸ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**. Pág. 474

2.3.3 Legal

El Código Civil guatemalteco no nos da una definición legal de la institución de la muerte presunta, sólo nos indica en el Artículo 63, que transcurridos cinco años desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente, podrá declararse la muerte presunta de éste y, en tal caso, podrán sus herederos testamentarios o legales pedir la posesión de la herencia.

2.4. Efectos jurídicos

- El cese de la situación de ausencia legal, cuando haya sido declarada
- La presunción de muerte
- La posibilidad del cónyuge del ausente de contraer nuevas nupcias
- La apertura de la sucesión del ausente
- El efecto principal de la declaración de la muerte presunta es la declaración del fallecimiento para la posesión de los bienes por parte de los herederos o legatarios.

2.5. Características

- La declaración de fallecimiento lleva consigo una presunción de muerte o más propiamente una amortiguación de la presunción de vida, dando preponderancia a la posibilidad de la muerte.

- La muerte natural y la declaración de fallecimiento producen efectos parcialmente iguales o semejantes, ya que en los dos casos se pretende abrir el proceso de sucesión para entregar los bienes del ausente a sus herederos legales.

2.6 Elementos

- Ausencia del lugar de su domicilio o residencia
- Falta total de noticias de ella, pese a las diligencias efectuadas para conocer el paradero del ausente
- circunstancias especiales que rodean la desaparición

2.7 Diferencias entre ausencia y muerte presunta

- La diferencia entre ausencia y muerte presunta estriba en que en la ausencia existe duda sobre el paradero de una persona, mientras que la muerte presunta es la declaración judicial en la que se presume la muerte de una persona.
- La ausencia puede ser solicitada cuando el ausente tiene derechos que adquirir y obligaciones que cumplir, pero sí tiene bienes que deben ser administrados se le debe nombrar un guardador de los mismos, en tanto que en la declaratoria de muerte presunta, está es pedida para que los bienes del ausente sean administrados; la cual

podrá ser ejercida por los parientes legales o los que resulten herederos a la fecha señalada como muerte presunta.

Ejemplo: En la ausencia el guardador de los bienes puede ser cualquier persona capaz, mientras que la administración de los bienes será ejercida por las personas que indica el Artículo 55 del Código Civil (cónyuge, hijos o parientes consanguíneos en el orden que establece la ley).

2.8 Clases

- **Muerte simple**

Es aquella que se puede declarar transcurridos cinco años desde que se decreto la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente.

- **Muerte calificada**

Podrá declararse la muerte presunta por el transcurso de un año en los siguientes casos;

- De la persona que desapareciere durante una guerra o haya tomado parte o se hubiere encontrado en la zona de operaciones
- De la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque naufrago o accidente de aviación
- De la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado y hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro.

2.9. Regulación legal

Nuestro Código Civil, Decreto Ley 106, regula la figura de muerte presunta en los Artículos 63-64-65-66

2.10 Enlace general entre ausencia y muerte presunta

En el capítulo primero y el segundo de la presente investigación se hace referencia a las figuras de ausencia y muerte presunta, respectivamente, siendo el eje central de la investigación, en virtud de que debemos analizar cada una de las instituciones para poder establecer si se puede aplicar el derecho a la prescripción adquisitiva en la figura de la ausencia después de haber sido adquiridos los bienes del ausente en posesión definitiva. Por lo que es importante considerar dentro de la investigación las figuras de la propiedad, posesión y prescripción para poder establecer que para poder reclamar la posesión definitiva de los bienes del ausente es necesario de que exista la propiedad y/o posesión por parte del ausente y la institución de la prescripción se analizará en virtud de que en la legislación guatemalteca existen otras instituciones a las cuales se les aplica algún tipo de prescripción, por lo que la presente investigación pretende que a la posesión definitiva de bienes del ausente también se le pueda aplicar dicha figura y así proteger también a aquellos herederos o legatarios que han obtenido la posesión definitiva de los bienes.

CAPÍTULO III

3. La propiedad

3.1 Generalidades

"Generalmente las palabras propiedad y dominio se emplean como sinónimos, aludiendo específicamente al derecho real. La palabra propiedad no alude sólo al dominio en sí mismo, sino también a los otros derechos reales (y aún personales) que están insitos (es inherente al ser, es algo propio) en él".⁹

No se puede dudar seriamente de que la propiedad ha sido un formidable motor, una tremenda fuerza impulsiva que ha permitido el desarrollo de la riqueza, el aumento del bienestar, el progreso de la cultura, la ciencia y las artes.

"Entre los antiguos germanos, la tierra no pertenecía a nadie, eran propietarios de las cosechas pero no de la tierra, mientras que en Grecia e Italia desde la más remota antigüedad han conocido y practicado la propiedad privada la cual estaba implícita en la religión misma, que era necesaria para una explotación eficaz y para todos los bienes de la tierra.

⁹ Burda, Guillermo A. **Tratado de derecho civil. Derechos reales.** Pág. 7, 8

Es necesaria la propiedad para una verdadera explotación y administración de los bienes".¹⁰

3.2 Antecedentes históricos

El derecho sobre las cosas sirve como dominación de los bienes terrenales, sin la cual la vida del hombre es imposible. Ya desde los estadios más rudimentarios, el hombre construye su casa, se provee de armas, apacienta su ganado, ciertamente, en los tiempos primitivos lo hace en función de meras relaciones de hecho, todavía sin una ordenación jurídica de las cosas. Pero desde que el hombre sale de la etapa primitiva encontramos huellas visibles de un cierto señorío de los bienes terrenales, que se siente y se trata como un derecho. Desde entonces, naturalmente, se ha operado una profunda evolución y el derecho de las cosas se ha refinado cada vez más; ello no es sino una consecuencia del progreso de la civilización, pero la sustancia sigue siendo la misma; la necesidad del hombre de apropiarse y servirse de las cosas creadas por la naturaleza o por su propio ingenio.

- Época Antigua

En la primera etapa de la Época Cuaternaria, existió la propiedad primitiva o comunismo primitivo, ya que todos en común tenían derecho a disfrutar de ella. Al surgir el grupo familiar, se toman predios determinados que pertenecían a la familia en común, dando origen a la propiedad familiar.

¹⁰ Solorzano Berduo, José Julian. **Fundamentos de derecho civil.** Pág. 1 a la 14

Al fraccionarse ésta debido a sucesiones hereditarias, se dio origen a la propiedad individual para cada uno de los miembros de la familia. De modo que en la antigüedad el derecho de propiedad era considerado como un derecho eminentemente personalista con caracteres de absolutividad, exclusividad y perpetuidad.

- Edad Media

Se produce una honda transformación del concepto y características de la propiedad, que la hacen sumamente distinta del concepto de propiedad en épocas anteriores, obedeció ello a las costumbres de los germánicos y a las necesidades surgidas de la invasión del imperio, ya que los sistemas sociales de patronato, por una parte y la concesión para su cultivo de la enorme cantidad de tierra de que se apoderaron, por otra, hizo nacer, efectivamente un nuevo orden de cosas, una nueva concepción de la vida, por lo tanto, una nueva consideración de la propiedad.

En la historia de la institución de la propiedad hubieron varias etapas de las cuales se pueden mencionar.

- Etapa Esclavista

En esta etapa los propietarios eran los dueños de los medios de producción, de la tierra y aún de los propios esclavos, ejerciendo un dominio absoluto sobre todos. Existió el latifundio siendo su propietario el señor esclavista.

- Etapa Feudalista

La propiedad en esta etapa se caracterizaba en que la propiedad de la tierra era con exclusividad del señor feudal y sólo excepcionalmente el señor otorgaba una donación en propiedad definitiva ya que lo usual era dar al vasallo una tenencia libre de todo censo o gravamen, pero en forma temporal.

En la época del feudalismo (por el año 1,000) se hablaba de la teoría de los tres ordenes , elaborada por los intelectuales, reposaba en la idea de que al igual que los hombres de la iglesia y guerreros los feudales no necesitaban trabajar para vivir, sino que debían ser mantenidos por el esfuerzo de los campesinos.

El feudalismo comenzó a desaparecer primeramente en los países del occidente europeo consecuencia de la aparición de nuevas formas de producción y de distribución; los adelantos técnicos y las roturaciones ocasionaron un incremento productivo y demográfico y reavivaron la circulación de bienes y con ello un florecimiento de la vida municipal y urbana además de que las relaciones mercancía-dinero hizo necesaria la superación del fraccionamiento feudal mediante el desarrollo de una administración, una justicia y un poder represivo, centralizado por los monarcas apoyados por la naciente burguesía ciudadana.

- Etapa Capitalista

Los pueblos han conocido a lo largo de su historia, distintas formas de propiedad; así han existido

- propiedades colectivas
- propiedades comunales
- propiedades familiares
- propiedad privada individual, que es la forma más típica

“Para el capitalismo moderno nacido sobre las ruinas del feudalismo, la afirmación del derecho se concebía como la base sobre la cual debía operarse, en el terreno económico, la liberación del hombre, ya que dotaba de los medios y recursos para forjar su propio destino”.¹¹

El bien social se persigue así a través de la fortificación de todos los elementos de acción de los hombres, entre los cuales el primero y más importante en el plano económico es el derecho de propiedad.

Dentro del derecho de propiedad sólo se admite una intervención del Estado y es la expropiación de los bienes que pertenecen a particulares, siempre que haya una razón de interés público y previa una justa indemnización. Por lo demás, el propietario es dueño y señor puede no sólo gozar y aprovechar de su propiedad siempre con las limitaciones que en la ley se estipulen.

¹¹ Burda, Guillermo A. **Tratado de derecho civil.** Pág. 9 y 10

La propiedad privada de los medios de producción lleva como consecuencia inevitable a que los más fuertes y los más hábiles se apropien de ellos, en tanto que los demás, mucho más numerosos, deben limitarse a alienar su trabajo. El modo de producción privado engendra, pues, relaciones sociales de desigualdad y de explotación de un hombre por otro, de una clase social por otra; engendra finalmente, la división de la sociedad en dos campos hostiles y, con ello la lucha de clases.

Es por eso que en una sociedad en la que haya desaparecido el estado y en la que todas las cosas sean comunes, en tal forma que cada uno goce y se aproveche de ellas de acuerdo a su capacidad de trabajo, sino de acuerdo a sus necesidades.

Por lo tanto no se puede ya ignorar que la propiedad individual aumenta la desigualdad entre los hombres y perpetua la diferencia entre el rico y el pobre.

3.3 Definiciones

3.3.1 Doctrinarias

- "El derecho por el que una cosa pertenece a una persona y está sujeta a ésta de modo, al menos virtualmente, universal"¹²

¹² Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Pág. 295

- "Es la facultad legítima de gozar y disponer de una cosa con exclusión del ajeno arbitrio y de reclamar su devolución cuando se encuentra indebidamente en poder de otro." ¹³

3.3.2 Legal

El Artículo 464 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes.

El Artículo 39 de la Constitución Política de la República, establece: "Propiedad privada. Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo a la ley.

El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.

¹³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 619

3.4 Teorías que justifican el derecho de propiedad

3.4.1 De la ocupación

Sostiene que la única justificación de la propiedad fue a través de la ocupación de bienes sin dueño. Al transcurso del tiempo esos bienes fueron respaldados como propiedad de su ocupante.

3.4.2 Del trabajo

Sostiene que la propiedad se justifica con el trabajo, pues sólo a través de éste, se puedan adquirir bienes, convirtiéndose en propiedad del adquirente, lo que deben respetarse por los demás.

3.4.3 De la convención

Sostiene que de la propiedad se originó el convencimiento y concertación de todos los miembros de una comunidad, para hacer respetar los bienes de los demás.

3.4.4 De la ley

Esta teoría sostiene que el único fundamento y reconocimiento de la propiedad es la ley, la que en sus normas regula el derecho y la obligación de respeto a la propiedad.

3.5 Derecho de propiedad

Existen dos corrientes la primera que define el derecho de propiedad desde el punto de vista cuantitativo y la segunda desde el punto de vista cualitativo.

- **Cuantitativo**

Enumera la propiedad como el conjunto de facultades que la integran, es decir, poseer usar, disponer y reivindicar una cosa por su propietario.

- **Cualitativa**

Sostiene que la propiedad no debe entenderse como un conjunto de facultades que tiene el propietario sobre la cosa, sino como el poder que tiene una persona sobre una cosa para todo lo que puede serle útil. Sostiene además que la propiedad no debe entenderse como ese conjunto de facultades, pues éstas nunca son exactas.

3.6 Facultades del derecho de propiedad

Ius osidendi:	Facultad o derecho de poseer la cosa
Ius utendi:	Facultad o derecho de uso de la cosa
Ius fruendi:	Facultad o derecho de disfrute de la cosa
Ius disponendi:	Facultad o derecho de disponer de la cosa
Ius aliendi:	Facultad o derecho de enajenar la cosa

Ius vindicando: Facultad o derecho de reivindicar la cosa

3.7 Elementos

3.7.1 Es un derecho absoluto:

Es la facultad del propietario de hacer o no hacer en sus cosas aquello que creyera conveniente, o lo que es lo mismo, que su potestad sobre las cosas era ilimitada, soberana, arbitraria y si se quiere despótica.

3.7.2 Es un derecho exclusivo:

En virtud de la cual el propietario puede rechazar la intervención de los terceros en el uso y goce de la cosa y tomar a este respecto todas las medidas que estime convenientes.

3.7.3 Es un derecho perpetuo:

Dado que no lleva en sí mismo una razón de caducidad. El dominio subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de éste.

3.8 Limitaciones

Doctrinariamente las limitaciones al derecho de propiedad pueden dividirse en:

- limitaciones legales:

Son aquellas establecidas en la propia ley o algunos reglamentos. Ejemplo: La expropiación, regulada en el artículo 40 de la Constitución Política de la República.

- Limitaciones voluntarias:

Son aquellas establecidas voluntariamente por él o los propietarios de bienes. ejemplo: Las servidumbres voluntarias, reguladas en el Artículo 757 del Código Civil.

- El Código Civil también nos establece algunas limitaciones al derecho de propiedad las cuales se regulan en los Artículos del 473 al 484 que son:

- **suelo y sobresuelo:** La propiedad se extiende al subsuelo y sobresuelo hasta donde sea útil al propietario.
- **Prohibición de hacer excavaciones:** no podrán hacerse excavaciones o construcciones que debiliten el suelo de la propiedad vecina.

- **Deslinde y amojonamiento:** todo propietario tiene derecho de obligar a los vecinos ya sean propietarios o poseedores al deslinde y amojonamiento.
- **Obligación de cerrar el fundo:** todo propietario debe cerrar su fundo del modo que lo estime conveniente.
- **Construcciones cerca de edificios públicos:** no puede edificar ni plantar cerca de las plazas, fuertes, fortalezas y edificios públicos.
- **Servidumbres establecidas:** las servidumbres establecidas por utilidad pública o comunal respecto de construcciones o plantaciones.
- **Construcciones no permitidas:** Nadie puede construir a menos de dos metros de distancia de una pared ajena o medianera.
- **Prohibición de actos que dañen pared medianera:** No se puede poner contra una pared medianera que divida dos predios de distinto dueño ninguna acumulación de basura, tierra, estiércol y otras materias que puedan dañar la salubridad de las personas y la solidez y seguridad de los edificios.
- **Siembra de árboles cerca de heredad ajena:** No se puede plantar cerca de una heredad ajena, sino a distancia no menor de tres metros de la línea divisoria.

- **Derecho de exigir que se arranquen los árboles:** Todo propietario puede pedir que se arranquen los árboles que existan a mayor distancia de la señalada.
- **Ramas que se caen sobre propiedad vecina:** Las ramas de los árboles que se extienden sobre alguna heredad, jardines o patios vecinos el dueño de estos tendrá derecho a reclamar que se corten en cuanto se extienda sobre sus propiedades.
- **Obra peligrosa:** Si un edificio o pared amenaza peligro podrá el propietario ser obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitarlo.

3.9 Regulación legal

Nuestro Código Civil, Decreto Ley 106, regula la figura de la propiedad en los Artículos del 464 al 484 y la Constitución Política de la República de Guatemala, lo regula en su Artículo 39.

CAPÍTULO IV

4 La posesión

4.1 Antecedentes históricos

Gastón May, explica que en la doctrina romana poseer es estar en contacto con la cosa material, tenerla a disposición ejercer sobre ella actos de dueño, comportarse con ella como propietario.

4.2 Naturaleza jurídica

“La determinación de la naturaleza jurídica de la posesión ha sido objeto desde la antigüedad de numerosas polémicas. Gira la discusión acerca de si la posesión es un simple hecho o es un derecho subjetivo y marginalmente, si se trata de un derecho real o no”.¹⁴

Entre los jurisconsultos romanos la disconformidad fue manifiesta, Paulo la consideraba como un hecho, cuando decía que “*possessio est rei facti non iuris*”. Papiniano sostenía la opinión contraria al decir “*non tantum corporis sed iuris est*”. Piensan algunos autores, como Bonfante y Albertario, que la evolución sufrida por el derecho romano pudo influir, probablemente en la consideración de su naturaleza como hecho o como derecho. Y así mientras que en el “derecho romano clásico la

¹⁴ Arce y Caravantes, José. *Los bienes*. Pág. 41, 47

posesión se consideraba como un hecho, en el derecho clásico se tiende a considerarla y tutelarla como un derecho”.¹⁵

La posesión también la podemos estudiar desde dos puntos de vista:

- **Teoría subjetiva de Savigny**

Sostiene que el elemento principal y determinante de la posesión es la intencionalidad, si no hay voluntad de retener la cosa para sí no hay posesión aún cuando la cosa este materialmente en poder de una persona.

- **Teoría objetiva de Von Jhering**

El elemento principal y determinante en la posesión es el material. Hay posesión cuando una cosa esta materialmente en poder de una persona, el elemento intencional de la posesión es algo meramente subjetivo y no podemos averiguar cual es la voluntad interna de una persona.

4.3. Definiciones

4.3.1 Doctrinarias

- José Arce y Cervantes, indica que la posesión es el ejercicio de un derecho independientemente de que ese derecho pertenezca a quien lo ejercita como propio.

¹⁵ Diez Picaso, Luis. **Fundamentos de derecho civil patrimonial**. Pág. 32

- Planiol, indica que la posesión es el ejercicio sobre una cosa de un poder de hecho que es la manifestación exterior y al mismo tiempo es la intención del poseedor al ejercicio de un derecho.

4.3.2 Legal

El Artículo 612 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece "Es poseedor el que ejerce sobre un bien todas o algunas de las facultades inherentes al dominio".

4.4 Elementos

4.4.1 Material:

Llamado corpus que es el conjunto de hechos que constituyen la posesión o sea actos materiales de detención de uso, de goce en relación con la cosa.

4.4.2 Intencional:

Llamado ánimus implica en el poseedor la intención de actuar por su propia cuenta o el ánimo se presume cuando una persona tiene materialmente en su poder una cosa que no esta obligado a probar que es realmente poseedor, es el adversario al que le toca demostrar la posesión.

4.5 Características

- La posesión es un mero hecho,
- La posesión es abstracta,
- El poseedor goza de protección posesoria,
- El derecho del poseedor puede prescribir.

4.6 Clases

- **Posesión natural**

Es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona, sin intención de ejercer poder sobre ella.

- **Posesión civil**

Es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona que une a ello la intención de hacer la cosa o derecho como suyo.

- **Posesión en nombre propio**

Es aquella que se ejercita directamente por el poseedor sin la intervención de otra persona.

- **Posesión en nombre ajeno**
Es la que es ejercida por una persona en virtud de una designación o autorización por parte del poseedor.

- **Posesión en concepto de dueño**
Es la que se tiene con verdadera independencia de otro.

- **Posesión en concepto de distinto dueño**
Es aquella que no se posee con independencia de señorío, bien por estar subordinado a otro, o por orden o en nombre de otro.

- **Posesión de buena fe**
La que se ejercita por la persona que cree que es suya y puede tener como propia la cosa que posee.

- **Posesión de mala fe**
La que se ejercita por quien tiene, detiene o retiene lo que sabe que no le pertenece. El que tiene en su poder una cosa ajena con el designio de apropiársela, sin título traslativo de dominio o bien si el título que posee tiene vicios que lo hagan ineficaz.

4.7 Requisitos

- La posesión debe realizarse en concepto de dueño o sea, que se ha entrado en la posesión, en virtud de un título que se cree fundadamente suficiente para ejercer el dominio sobre la cosa.
- Que la posesión sea pacífica, o sea que se haya entrado a la misma sin haber recurrido o tomado la cosa por medio de la violencia.
- Que sea continua, la que debemos entender por aquella que se da sin interrupción alguna, y se ejercita desde su origen hasta el momento actual.
- Que la posesión sea pública, o sea que se manifieste a todos los que puedan conocerla, sin ocultaciones de ninguna clase.

4.8. Diferencia entre propiedad y posesión

- En la propiedad existe un título de propiedad, mientras que en la Posesión no existe un título o si existe es nulo.
- El propietario puede reclamar su derecho erga omnes (frente a todos).

- La propiedad no prescribe, la posesión prescribe.
- En la posesión se tiene derecho de gozar del bien y en la propiedad se tiene el derecho de gozar y disponer de los bienes.
- La posesión se presume la propiedad no se presume

4.9 Regulación legal

El Código Civil, Decreto Ley 106 regula la figura de la posesión en los Artículos: del 612 al 641.

4.10 Conclusión de los capítulos de la propiedad y posesión

Dentro de la presente investigación se analizaron las figuras de las propiedad y de la posesión para poder establecer que para que una persona pueda obtener la posesión definitiva de bienes, estos debieron estar en posesión o propiedad del ausente, por lo que es importante establecer que es la propiedad y la posesión y su relación con las personas ausentes.

CAPÍTULO V

5. La prescripción

5.1 Generalidades

El transcurso del tiempo ha sido y es una circunstancia que produce diversos y determinantes efectos jurídicos. Tiene relevancia, por ejemplo, en el computo legal de la gestación, en el paso de la minoría a la mayoría de edad, en la declaración de muerte presunta, en la aptitud de un menor de edad para celebrar personal y válidamente algunos actos, en la separación de cuerpos como causal de divorcio, en los términos y plazos contractuales y legales, etcétera.

“En el campo jurídico, el transcurso del tiempo puede producir distintas consecuencias, unas positivas, como servir de medio para la adquisición de un derecho (prescripción adquisitiva) cuyo ejemplo clásico es el del poseedor de un bien inmueble que, cumplidos ciertos requisitos, puede transformarse en propietario del mismo, después de transcurridos los términos legales; otras negativas, como tener por consecuencia la extinción de una obligación (prescripción extintiva o liberatoria), sancionándose de esa forma la inactividad o desinterés del acreedor, base para presumir el abandono de sus derechos”.¹⁶

¹⁶ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 470, 471

La ley protege los derechos subjetivos, pero no ampara la desidia, la negligencia, el abandono; los derechos no pueden mantener su vigencia indefinidamente en el tiempo no obstante el desinterés del titular, porque ello conspira contra el orden y la seguridad. Transcurridos ciertos plazos legales mediando petición de parte interesada, la ley declara prescritos los derechos no ejercidos.¹⁷

5.2 Definiciones

- Es la adquisición o extinción de un derecho. Por el transcurso de tiempo fijado por la ley.¹⁸
- Es el medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo que la ley determina.
- La prescripción es la acción y efecto de prescribir o de adquirir una cosa o un derecho por la virtud jurídica de su posesión continuada durante el tiempo que la ley señala, o caduca un derecho por el lapso señalado también a este efecto para los diversos casos.

¹⁷ Burda, Guillermo A. **Tratado de derecho civil y obligaciones II**. Pág. 8

¹⁸ *Ibíd*em

- La prescripción es la extinción de un derecho por su abandono por el titular durante el término fijado por la ley.

5.3 Clases

- **Extinción prescriptiva o adquisitiva**

Cuando sirve para adquirir un derecho. Es el derecho por el cual el poseedor de una cosa adquiere la propiedad de ella para la continuación de la posesión durante el tiempo fijado por la ley.

- **Extinción extintiva o liberatoria**

Cuando impide el ejercicio de la acción para exigir el cumplimiento de una obligación. Excepción para repeler una acción por el sólo hecho de que el que la entabla ha dejado durante un lapso de intentarla o de ejercer el derecho al cual ella se refiere.

5.4 Regulación legal

La prescripción se regula en los Artículos siguientes:

633 y del 1501 al 1515 del Código Civil

5.5 Comparación legal de la prescripción en la institución de la ausencia con otras instituciones reguladas en el Código Civil

En la institución de la ausencia, según el Artículo 76 del Código Civil, los herederos y legatarios que hayan obtenido la posesión definitiva de los bienes, no podrán adquirirlos por prescripción, pero podemos establecer que en el código civil existen instituciones importantes en donde si se contempla la figura de la prescripción, como por ejemplo:

- La posesión de bienes inmuebles por el transcurso de diez años podrán solicitar la titulación supletoria. Artículo 633 Del Código Civil.
- El dominio sobre bienes inmuebles y demás derechos reales sobre los mismos, se adquiere por prescripción por el transcurso de diez años. Los bienes muebles y semovientes por el de dos años. Artículo 651 del Código Civil.
- Las servidumbres legales establecidas por utilidad pública o comunal, se pierden por el no uso de cinco años. Artículo 820 del Código Civil.
- La obligación garantizada con hipoteca prescribirá a los diez años contados desde el vencimiento de la obligación o de la fecha en que

se tuviere como vencido en virtud de lo estipulado Artículo 856 del Código Civil.

- Los honorarios. Sueldos, salarios, jornales y otras retribuciones por prestación de cualquier servicio, a los dos años. Artículo 1514 del Código Civil.
- La acción de cualquier comerciante para cobrar el precio de los objetos vendidos, a los dos años. Artículo 1514 del Código Civil
- La acción de los dueños de hoteles y toda clase de casas de hospedaje para cobrar el importe de las pensiones y la de los fondistas y demás personas que suministran alimentos para cobrar el precio de estos, a los dos años. Artículo 1514 del Código Civil.
- Las pensiones, rentas, alquileres y cualesquiera otras prestaciones periódicas no cobradas a su vencimiento, ya se haga el cobro en virtud de acción real o de acción persona, a los dos años. Artículo 1514 del Código Civil.
- La obligación de rendir cuentas que tienen todos los que administran bienes ajenos y la acción para cobrar el saldo de ellos, prescriben por el término de tres años. Artículo 1515 del Código Civil.

5.6 Conclusión general

Según nuestra legislación actual en la figura de la ausencia no cabe ningún tipo de prescripción ya que como lo establece el Código Civil, aunque el heredero o legatario de los bienes del ausente haya obtenido los mismos en forma definitiva los mismos deben ser devueltos al ausente si este se apersona por si o por medio de mandatario, por lo que nos podemos dar cuenta que nunca son verdaderamente de ellos no pudiendo ejercer el derecho de propiedad garantizado en nuestra Constitución Política de la República, y siendo que existen otras instituciones que gozan del derecho de prescripción, es conveniente que también en la figura de la ausencia se deba regular la prescripción para que los herederos o legatarios puedan en un momento dado gozar del derecho de propiedad en forma definitiva derecho al que tenemos todos los habitantes de la república.

CAPÍTULO VI

6. Trámite de la ausencia

El trámite de la ausencia es de carácter voluntario, que puede tramitarse en forma judicial o notarialmente, pero en el caso del trámite notarial este es un proceso mixto porque el mismo se inicia ante notario pero la declaratoria de ausencia siempre va a ser declarado judicialmente.

6.1 Judicial

- Solicitud para declaración de ausencia,
Esta se dirigirá a un juzgado competente del ramo civil.

- El juez dará intervención a la Procuraduría General de la Nación y mandará a recibir información que pruebe:
(Artículo 411 CPCYM)
 - El hecho de la ausencia
 - La circunstancia de no tener el ausente parientes o mandatarios con facultades suficientes ni tutor en caso de ser menor o incapacitado
 - El tiempo de la ausencia

- Nombrara un defensor judicial (Artículo 412 CPCYM)
Es el que tiene la representación judicial del presunto ausente

- **Nombrará un depositario (Artículo 412 CPCYM)**

Para asegurar los bienes del ausente, el depositario podrá ser el mismo defensor judicial.

- **Mandará a publicar edictos (Artículo 412 CPCYM)**

Se deberá publicar en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación por tres veces durante un mes

Contenido del edicto

- Relación del asunto por el cual se ha pedido la declaración de ausencia
- Citación al presunto ausente
- Convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo
- Fecha y firma del secretario del juzgado

- **Declaración de ausencia (Artículo 414 CPCYM)**

Recibida la información y pasado el término de las publicaciones el juez con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial, declarará la ausencia y nombrará un guardador que es quien asume la representación judicial del depósito de los bienes, quedando investido de todas las facultades generales y especiales que se requieran para la defensa en juicio.

Prohibiciones al guardador

- transigir
 - someter asuntos a proceso arbitral
 - repudiar herencias, donaciones o legados; para poder realizar algunas de las anteriores prohibiciones se necesita autorización judicial, al asumir el guardador su cargo inmediatamente cesaran los cargos de defensor judicial y depositario.
-
- Después de asumir el cargo de guardador se podrá pedir la administración de los bienes la cual será ejercida por el cónyuge e hijos y a falta de ellos por los parientes consanguíneos en el orden de sucesión que establece la ley (según el Artículo 55 del Código Civil).
 - Al entrar el administrador designado en posesión de los bienes cesara la representación del guardador que deberá rendirle cuentas de su administración (Según el Artículo 58 del Código Civil).
 - Pasados cinco años desde que se decreto la administración o desde que se tuvo la última noticia del ausente o si se da la muerte calificada se podrá solicitar la muerte presunta del

ausente y podrán pedir la posesión definitiva de la herencia.
(según el Artículo 63 del Código Civil).

6.2 Notarial

- Acta notarial de requerimiento
Se prueba el hecho de la ausencia
 - La falta de mandatario
 - Se acompaña prueba documental

- Publicación de edicto
Se cita al presunto ausente
 - A los que se consideran con derecha a representarlo
 - Se indica el asunto
 - Se publica en el Diario Oficial y en otro diario por un mes

- Primera resolución
 - Se le da trámite
 - Se incorporan los documentos

- Acta de declaración testimonial
 - Se establece el hecho de la ausencia
 - Que no se tiene mandatario y el tiempo de ausencia

- Oposición
 - Si son varias las personas que reclaman el derecho a representar al ausente se deberá resolver en incidente

- Si es por la propia persona cuya ausencia es pedía Se volverá contencioso y se sustanciara en la vía sumaria.
- **Notificación**
 - Se notifica a la Procuraduría General de la Nación
 - Se notifica a los interesados
- Remisión de expediente

Si no hay oposición se remite el expediente al juzgado correspondiente para que emita auto final de ausencia con la intervención de la Procuraduría General de la Nación

CAPÍTULO VII

7. Análisis y Reforma de los Artículos 72 Y 76 Del Código Civil Decreto Ley 106

7.1 Análisis de los Artículos 72 y 76 del Código Civil Decreto Ley 106

- Artículo 72

Establece: "Los que por cualquier título tengan la administración o custodia de los bienes del ausente, o hayan obtenido la posesión definitiva de ellos, no podrán retenerlos por causa alguna ni rehusar su entrega inmediata al ausente que regrese o a la persona que legalmente lo represente. El ausente mientras viva, conserva la posesión civil de estos bienes bajo el amparo de la ley".

Crítica:

Actualmente en la legislación guatemalteca todos los bienes del ausente adquiridos en posesión definitiva por sus herederos o legatarios deberán ser entregados al ausente cuando este se apersona considerando que siempre conserva la posesión civil de los bienes, pero también es necesario proteger de alguna forma al heredero o legatario en virtud de que la misma Constitución Política de la República garantiza el derecho de propiedad.

- Artículo 76

Indica: "Los herederos o legatarios que hayan obtenido la posesión definitiva de los bienes no podrán adquirirlos por prescripción".

Crítica:

Considerando que los herederos o legatarios ya obtuvieron los bienes en posesión definitiva es injusto que los mismos sean devueltos ya que en la misma legislación guatemalteca existen figuras a las cuales se les aplica el derecho de prescripción para su obtención en forma definitiva, por lo que se debería establecer la prescripción en la ausencia para así garantizar no sólo el derecho del ausente sino también el derechos de los herederos y legatarios.

7.2 Propuesta de reforma de los Artículos 72 y 76 del Código Civil, Decreto Ley 106

- Artículo 72

Preceptúa: "Los que por cualquier título tengan la administración o custodia de los bienes del ausente, o hayan obtenido la posesión definitiva de ellos, no podrán

retenerlos por causa alguna ni rehusar su entrega inmediata al ausente que regrese o a la persona que legalmente lo represente. El ausente mientras viva, conserva la posesión civil de estos bienes bajo el amparo de la ley”.

Propuesta:

“Los que por cualquier título tengan la administración o custodia de los bienes del ausente pero que no hayan obtenido la posesión definitiva no podrán retenerlos por causa alguna ni rehusar su entrega inmediata al ausente que regrese o a la persona que legalmente lo represente.

Si ya se decreto posesión definitiva de los bienes el heredero o legatario podrá retenerlos, pero deberá indemnizar al ausente que regrese con el veinte por ciento de los bienes recibidos en posesión definitiva y cumpliendo con las obligaciones especialmente de alimentos que le hubieren sido impuestos”.

- Artículo 76

Regula: “Los herederos o legatarios que hayan obtenido la posesión definitiva de los bienes no podrán adquirirlos por prescripción”.

Propuesta:

"Se reforme el Artículo 76 del Código Civil, Decreto Ley 106, el cual deberá establecer: Que los herederos o legatarios que hayan obtenido la posesión definitiva de los bienes podrán adquirirlos por prescripción por el transcurso del plazo de diez años contados a partir del momento en que es otorgada la posesión definitiva de los bienes del ausente".

CONCLUSIONES

- 1.- En la legislación guatemalteca no se aplica el derecho de prescripción, después de haber recibido los bienes del ausente en posesión definitiva, por parte de los herederos o legatarios.
2. Los herederos o legatarios del ausente luego de que obtienen la posesión definitiva de los bienes, si el ausente se apersona, se convierte en guardador nuevamente, no importando el tiempo transcurrido y tienen la obligación de devolver los bienes.
3. En el derecho civil guatemalteco existen instituciones en las cuales se aplica la prescripción, pero dicha figura no se utiliza en la ausencia en donde también pueden existir bienes y las personas que obtienen la posesión definitiva no pueden, en ningún momento, considerarse como propietarios.
4. En la Constitución Política de la República esta garantizado el derecho de propiedad, pero en ningún momento se protege el derecho de los herederos o legatarios que obtuvieron la posesión definitiva de los bienes del ausente.

RECOMENDACIONES

1. Se debe reformar por el congreso, el Artículo 72 del Código Civil, Decreto Ley 106, el cual deberá establecer que: "Los que por cualquier título tengan la administración o custodia de los bienes del ausente pero que no hayan obtenido la posesión definitiva, no podrán retenerlos por causa alguna ni rehusar su entrega inmediata al ausente que regrese o a la persona que legalmente lo represente. Si ya se obtuvo la posesión definitiva de los bienes del ausente y transcurrió el plazo de la prescripción el heredero o legatario podrá retener los mismos, pero deberá indemnizar al ausente con el veinte por ciento del total de los bienes recibidos".
2. Es importante que el congreso reforme el Artículo 76 del Código Civil, Decreto Ley 106, el cual deberá establecer: "Los herederos o legatarios que hayan obtenido la posesión definitiva de los bienes, podrán adquirirlos por prescripción por el transcurso de diez años contados a partir del momento en que es otorgada la posesión definitiva de los bienes del ausente".

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE RIVERA, Eluvia Ludivina. **Análisis crítico de la ausencia y muerte presunta.** Tesis de grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar. septiembre, 1991.
- AMBROSIO Colin Y H. Captant. **Curso elemental de derecho civil.** (s.e.) 2ª. edición Editorial Reus, Puerta del Sol España 1941.
- ARCE Y CARAVANTES. José. **Los bienes.** Editorial Porrúa, S.A. México 1990.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard. **Diccionario de derecho civil.** (s.e) Editorial Harla. México DF. 1997.
- BONNECASE, Julien. **Tratado elemental de derecho civil.** Traducción Enrique Figueroa Alonzo. Editorial Mexicana. México DF. 1997.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** (s.e) Editorial Estudiantil Fénix. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1988.
- BURDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil.** Tomo III. 6ª. edición. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1977.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** (s.e) Tomo I. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires, Argentina (s.f.).
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 14ª edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español.** 8ª. edición. Editorial Reus. Madrid, España, 1966.

- CONDE ORELLANA, Manuel Eduardo. **La posesión y la usucapión, antecedentes necesarios para la titulación supletoria.** Tesis de grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Rafael Landívar. Febrero, 1984.
- DE PINA, Rafael. **Diccionario de derecho.** 14ª. edición. Editorial Porrúa. México DF. 1986.
- DIEZ PICAZO, Luis. **Fundamentos de derecho civil patrimonial.** (s.e)Tomo II. editorial Techos, S.A. Madrid, España, 1983.
- ENGELS, Friedrich. **Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado.** Editorial Quinto Sol, S.A. México DF. 1987.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho.** 5ª. edición. Editorial Porrúa. México DF. 2000.
- GHERSI, Carlos Alberto. **Derecho civil (parte general).** editorial Astra de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- LÓPEZ CHACÓN, Virna Ileana. **La inconstitucionalidad del Art. 28 de las disposiciones transitorias del Dto. 27-80.** Tesis de grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1996.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. **Instituciones de derecho civil.** 1ª. edición. Editorial Porrúa. México DF. 1987.
- MERCEL PLANIOL, Georges Ripet. **Derecho civil.** Traducción Leonel Pereznieto. Editorial Mexicana. México DF. 1977.
- MERCEL PLANIOL, Georges Ripet. **Derecho civil.** (s.e) Editorial Haria. México DF. 1977.
- MARCEL, PLANIOL, Georges Ripet. **Tratado elemental de derecho civil.** (s.e) Tomo I y II. 2ª. edición. México, 1991.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** (s.e) Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1981.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** 1a. edición Editorial Aranzadi. Pamplona, 1979.

ROGINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil español.** (s.e) Editorial Antigua Librería Robredo, México DF. 1964.

SOLÓRZANO BERDUO, Josué Nathan. **Fundamentos de derecho.** (s.e) Editorial, Imprenta y Litografía San Juan. Guatemala, 2002.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe de Estado.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del Jefe de Estado.

Código de Notariado. Decreto 314 del Congreso de la República.

Ley Reguladora de la tramitación notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Decreto 54-77 del Congreso de la República.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2.89 del Congreso de la República.

