

BIBLIOTECA JURIDICA
DE
AUTORES ESPAÑOL Y EXTRANJEROS

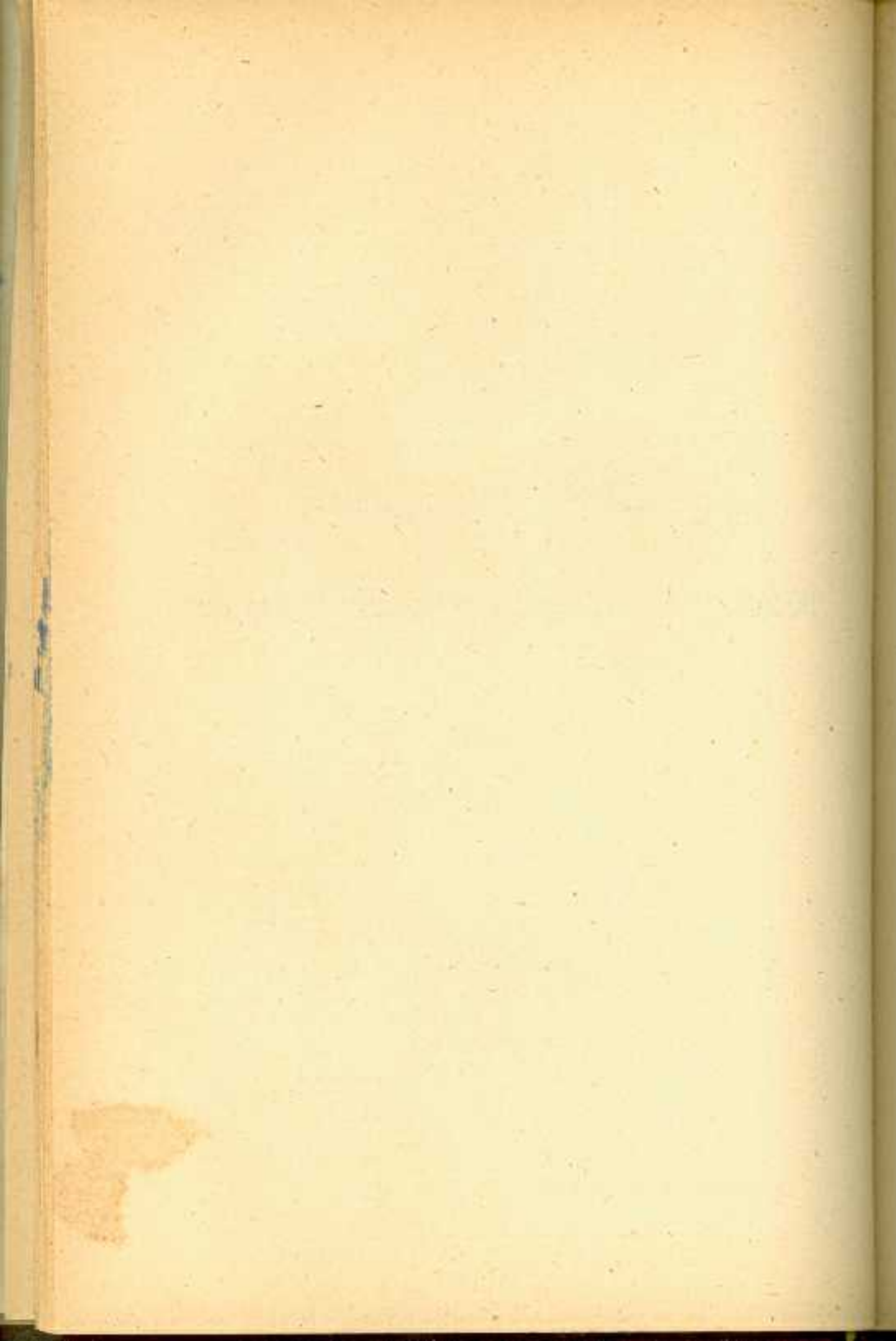
VOLUMEN CLXXXVII



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
BIBLIOTECA



GOBIERNO DEL ESTADO DE TABASCO
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
BIBLIOTECA



TOMAS OGAYAR Y AYLLON

Juez de primera Instancia.

LA AUSENCIA EN DERECHO SUSTANTIVO Y ADJETIVO

Origen histórico de esta institución. Estudio crítico de su reglamentación en nuestro Código y ley Procesal, tanto con respecto a los BIENES, como por lo que afecta a las PERSONAS y a la SOCIEDAD MATHRIMONIAL, en relación con las modernas corrientes doctrinales y con las legislaciones Europeas y Americanas. Examen de los preceptos a ella atinentes en el Derecho mercantil y en las legislaciones forales. Proyectos de reforma.

PRIMERA EDICION



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
CENTRO DE INFORMACION Y
DOCUMENTACION JURIDICA

MADRID
EDITORIAL REUS (S. A.)
ACADEMIA: PRECIADOS, 1.—LIBRERIA: PRECIADOS, 6
APARTADO 12.250
1936



Talleres tipográficos de la Sociedad anónima EDITORIAL REUS.
Ronda de Atocha, 15 duplicado, MADRID (4.941)

GUÍA BIBLIOGRÁFICA DE LAS OBRAS CONSULTADAS

DERECHO EXTRANJERO

- Colin et Capitant.—*Cours élémentaire de Droit civil française*, con notas sobre el Derecho español, por DE BUEN.
- Planiol y Ripert.—*Traité pratique de Droit civil française*.
- Bonnecarrère, Labordes, Lacoate y Orémieu.—*Précis élémentaire de Droit civil*. París, 1933.
- Bonnecase.—*Précis de Droit civil*. París, 1934.
- Jousserand.—*Cours de Droit civil positif français*. París, 1930.
- Planiol.—*Traité élémentaire de Droit civil*. París, 10 edic., 1925.
- Francesco Ferrara.—*Trattato di Diritto civile italiano*.
- Nicola Stolfi.—*Diritto civile*.
- Barassi.—*Istituzioni di Diritto civile*. Pavia, 1922.
- Ricci.—*Derecho civil teórico y práctico*, traducido por ADOLFO POSADA.
- Enneccerus, Kipp-Wolff.—*Tratado de Derecho civil*, tomo I, Parte general, con traducción y notas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. Barcelona, 1934.
- Rossel et Mentha.—*Manuel du Droit civil suisse*. Lausanne, 1922.
- Virgile Rossel.—*Code civil et Code des obligations*. Lausanne, 1929.
- Da Cunha Gonçalves.—*Tratado de Direito civil em comentário ao Código civil português*. Coimbra, 1930.
- Horacio de Castro.—*Principios de Derecho soviético*. Madrid, 1934.
- Les Codes de la Russie soviétique. Code de la famille, traduit

al francés por PATTOUILLET, et Code civil, traduit par PATTOUILLET ET DUFOUR. París, 1932.

Romero Girón y García Moreno.—*Instituciones políticas y jurídicas de Europa y América*, tomos I, II, VI, IX y XI.

Edward Jenks.—*El Derecho inglés*, traducido por PANIAGUA PORRAS. Madrid, 1930.

Ho Tchong-Chan.—*Code civil de la République de Chine*. París, 1930.

Correa García.—*Código civil de la República de Panamá*, Panamá, 1927.

Raymundo M. Salvat.—*Tratado de Derecho civil argentino*. Parte general, 5.^a edic. Buenos Aires, 1931.

Paulo de Lacerda.—*Código civil brasileiro*. Río de Janeiro, 1933.

Código civil de Venezuela, de 26 de Junio de 1922. Edición oficial.

Santamaría.—*Código civil para el distrito y territorios federales de Méjico*. Ediciones Botas, 1935.

DERECHO ESPAÑOL

Espasa.—*Enciclopedia jurídica ilustrada*.

Escriche.—*Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*.

Seix.—*Enciclopedia jurídica española*.

Manresa.—*Comentarios al Código civil español*.

Mucius Scaevola.—*Código civil concordado y comentado*.

Martínez Ruiz.—*El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*.

Castán.—*Derecho civil español común y foral* (obra ajustada al Programa para oposiciones a Notarías determinadas).

— *Derecho civil español foral y de la Zona del protectorado de España en Marruecos* (obra ajustada al Cuestionario para oposiciones a la Judicatura).

Sánchez Román.—*Estudios de Derecho civil*.

Oleante de Diego.—*Curso elemental de Derecho civil español común y foral*.

Valverde.— *Tratado de Derecho civil español.*

Dualde.— *Una Revolución en la Lógica del Derecho.*

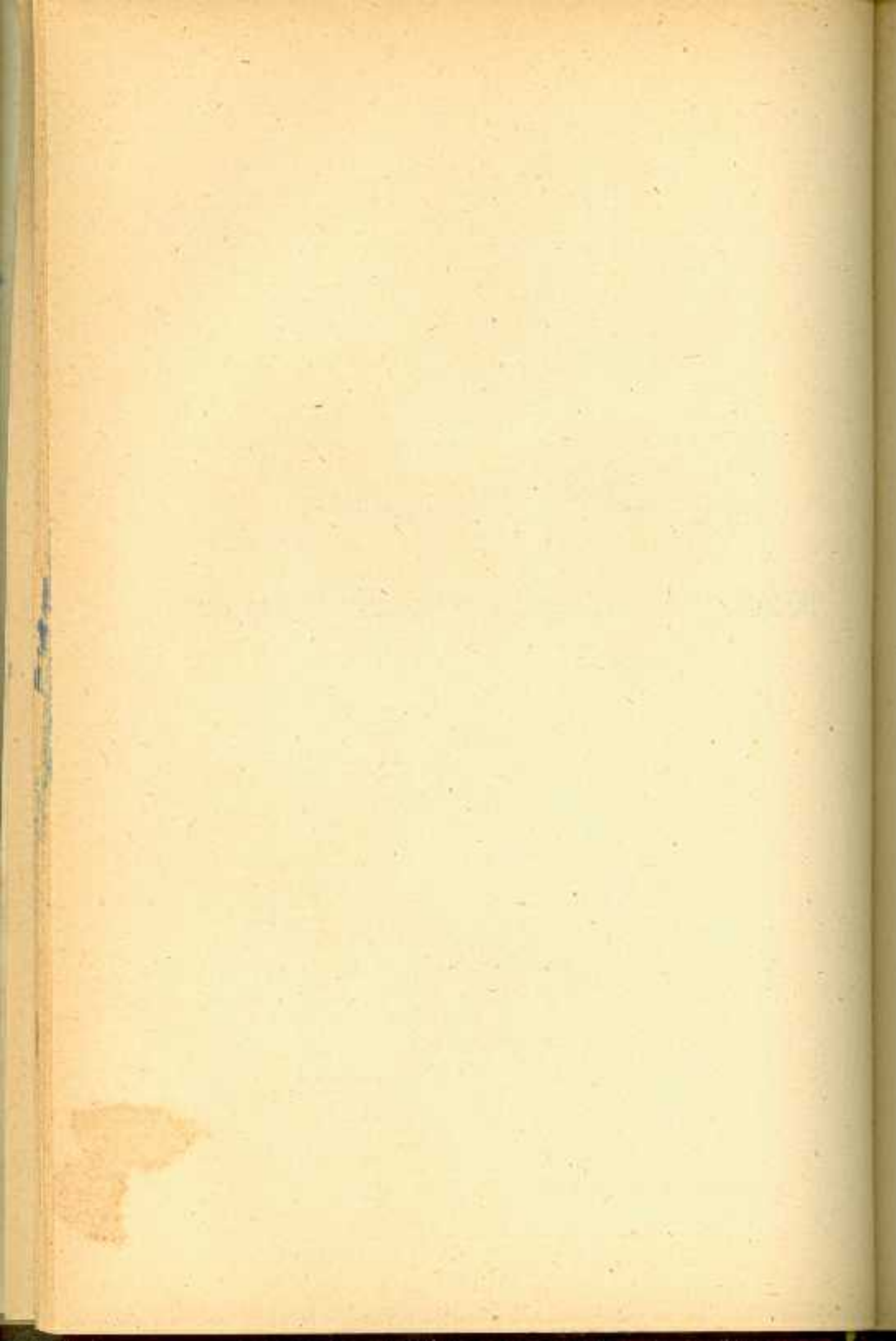
Do Buen.— *Introducción al estudio del Derecho civil.*

Escalera.— *Ley del Divorcio.*

Gomáriz.— *Ley de Divorcio. Su interpretación parlamentaria y estudios críticos.*

Gay de Montellá.— *Tratado de la legislación comercial española.*

Manresa.— *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil.*



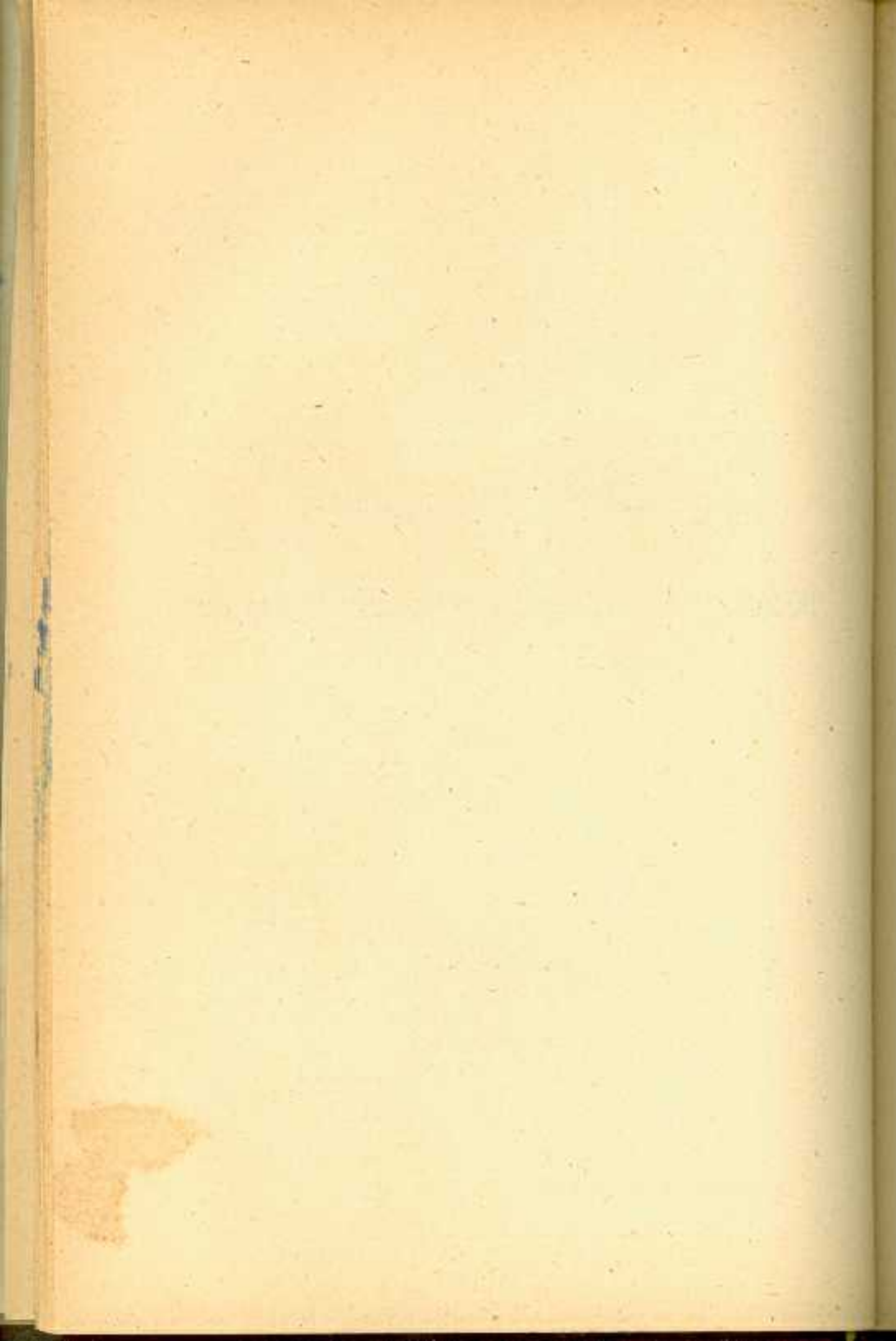
DEDICATORIA

A LA MEMORIA DE MI QUERIDO PADRE

El primer trabajo, de alguna envergadura científica, que doy a la publicidad, quiero que vaya salvaguardado por tu memoria, para que el inmenso cariño que me tenías en vida me sirva, como en tantas otras ocasiones, de mascota, que me libre de peligros y acechanzas. A ti, padre queridísimo, te dedico de todo corazón esta obra, no sólo por deberte todo lo que soy, sino porque Dios, al disponer de tu vida, tan preciada para mí, no te ha concedido la dicha de verla publicada, que era una de tus mayores ilusiones.

Ruega desde el cielo para que te imite en tu vida santa de trabajo y de bondad, y ahora, más que nunca, no te olvida un solo instante.

EL AUTOR.



AL LECTOR

La reglamentación de la ausencia es obra del Derecho moderno. Antes de la publicación del Código civil español estaba regida en nuestro Derecho histórico por algunos, muy pocos, preceptos fragmentarios, sin coordinación ni enlace, hasta el punto que la publicación de aquél Cuerpo legal significó un avance considerable en el progreso de nuestro Derecho, lo que no es obstáculo para considerarlo bastante inferior a lo que exigía el tiempo en que fué publicado.

Se ocupa de la ausencia en el tít. VIII del lib. I, inmediatamente después de la patria potestad y antes de la tutela, y los tratadistas, con rara unanimidad, censuran, no sólo el lugar de colocación, sino los preceptos consignados para reglamentarla, y la prolijidad de los estados de ausencia que comprende, así como los plazos, excesivamente largos, que establece para la adopción de cada uno de aquéllos. No se ha adaptado tampoco la ley de Enjuiciamiento civil al Código, por lo que, en lo relativo a las reglas procesales, hay un completo desacuerdo entre éste y aquélla, y, en algunos puntos, verdaderas lagunas de derecho. A llenar éstas, y a poner de manifiesto la arcaica, defectuosa e

insuficiente reglamentación de la ausencia en el derecho sustantivo, tiende la presente obra, bajo la base de las modernas doctrinas científicas y de las progresivas legislaciones europeas y americanas. Estas se caracterizan, en el estado civil de ausencia, por dos principios: 1.º Sencillez suma en su reglamentación. 2.º Abreviación extraordinaria de plazos para la presunción o declaración de muerte.

El Código, en el título y libro citados, sólo se ocupa de la ausencia desde el punto de vista de los bienes; pero también tiene gran importancia en lo referente a las personas y la sociedad matrimonial, aspectos que, igualmente, estudiamos a fin de presentar esta institución como un todo orgánico, recogiendo las disposiciones dispersas por todo el contenido del Código y dándoles la necesaria unidad, así como armonizándola con la novísima Constitución y con la legislación del nuevo régimen, especialmente con las leyes del Matrimonio civil y de Divorcio.

La Constitución, dice Alcalá Zamora y Castillo (1), supone cambios más intensos y extensos del Derecho civil que habrían sumado las cuatro revisiones decenales del Código y los cinco Apéndices del mismo, si a la marcha ultra-acompañada de la vieja Comisión de Códigos se hubiera realizado el programa previsto por

(1) *Repercusiones de la Constitución fuera del Derecho político*, págs. 16 y 17.

Alonso Martínez y sus colaboradores». Y ello es así porque la Constitución de la República no se ha limitado a la organización estatal y enumeración de las garantías individuales y políticas, sino que ha querido, como dice De Buen (1), transformar el Derecho vigente y señorear el porvenir, prefijando las normas fundamentales y, aún, algunas accesorias de la nueva legislación española, tanto pública como privada. En efecto: aparte de la tendencia igualitaria que establece y del laicismo que la caracteriza, ha implantado un nuevo derecho familiar en el art. 43, el que, según frase humorística de De Buen, parece un tratado de Sociología, estableciendo el matrimonio sobre la igualdad de derechos para ambos sexos, lo que equivale a la desaparición de la autoridad marital, la disolubilidad del vínculo matrimonial, incluso por mutuo disenso: la equiparación de los hijos legítimos y los ilegítimos o extramatrimoniales, sancionada también por el art. 25 al ordenar que no podrá ser fundamento de privilegio jurídico la filiación; la tendencia favorable a la investigación de la paternidad, y el intervencionismo del Estado en el cumplimiento de los deberes paternales. En lo relativo a la propiedad le ha dado, en los arts. 44 y 45, un carácter social, y si bien no ha abolido la propiedad privada, tampoco ha declarado su existencia, pero ha subordinado ésta al interés social, y se ha que-

(1) *Introducción al estudio del Derecho civil*, pág. 221.

rido—como dice De Buen—no hacer, para el porvenir, incompatible la Constitución con el socialismo.

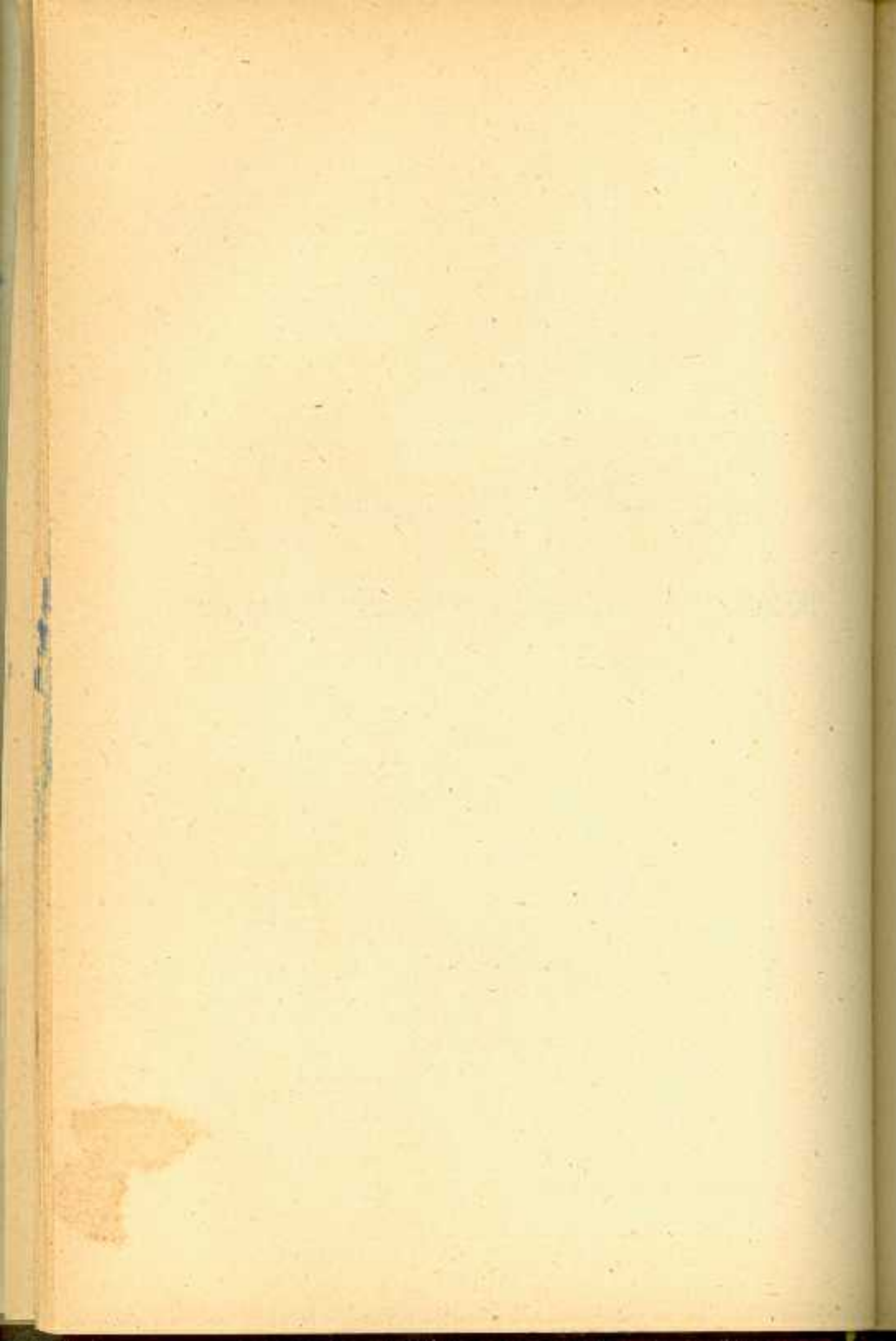
Estos preceptos, y otros muchos que podrían citarse, han destruído por completo los principios básicos del Código civil, por lo que se impone la reforma de éste, para armonizarlo con la Carta fundamental del Estado, y ante esta consideración he consignado, o apuntado, mejor dicho, una idea acerca de las modificaciones que en la ausencia deben introducirse, tanto en el derecho sustantivo como en el adjetivo, para que, purificadas en el crisol de la discusión científica, puedan ser llevadas a la práctica.

Los tratadistas, pues, tienen la palabra. Si he acertado, será el mayor galardón y estímulo que pueda recibir y a que puedo aspirar.

* * *

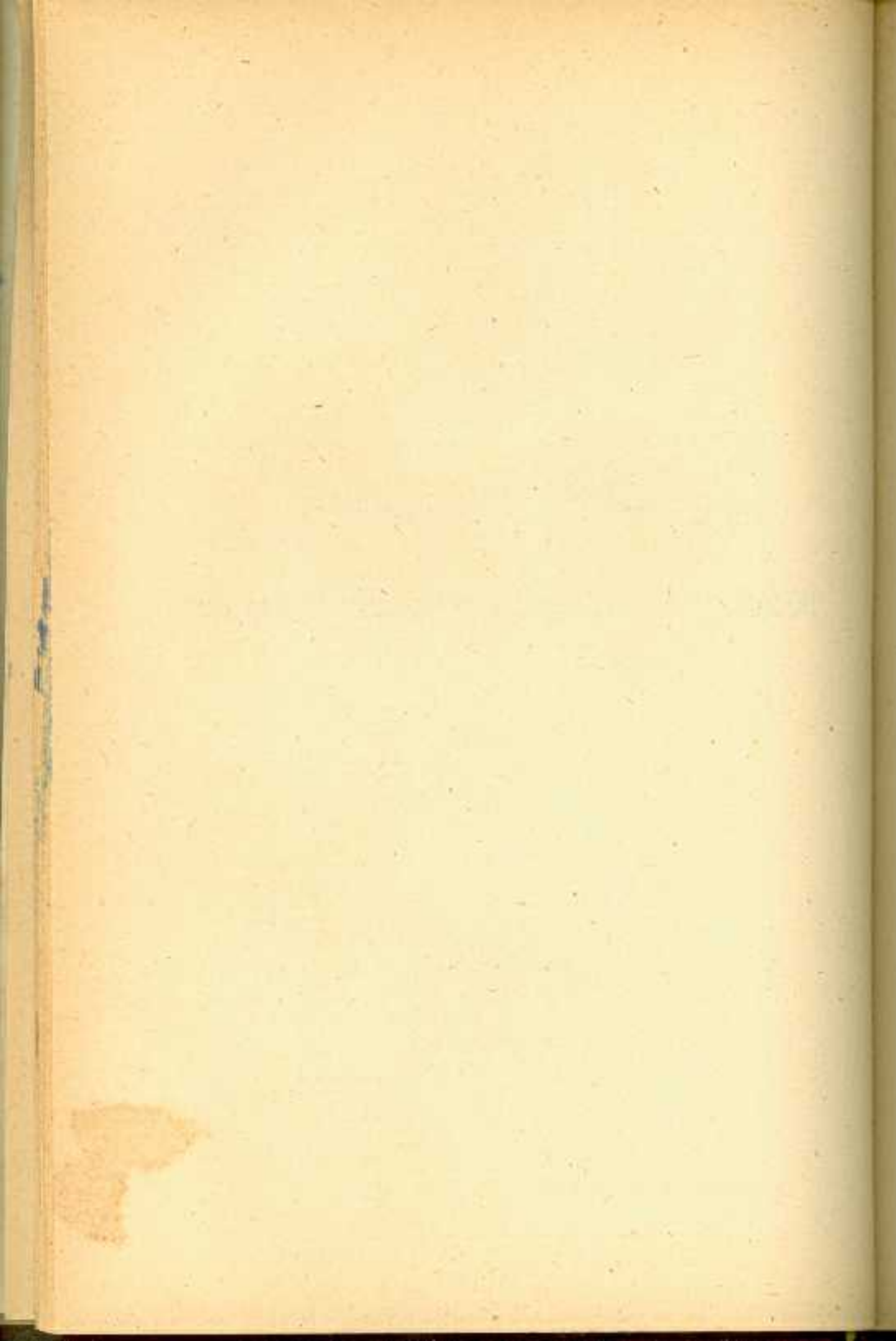
Honradamente he de confesarte, lector, que no me atreví a salir a la luz pública solo. Necesitaba un valor que me acompañase en esta salida, que prohiyese a este Juez desconocido, y acudí al Maestro por excelencia, al Catedrático insigne y Magistrado dignísimo, Sr. Castán, al que, presentándole este trabajo, y con el balbuceo propio del que da el primer paso, le supliqué, sin ningún título para ello: «¡Hágame un acto de paternidad espiritual. Prologueme este trabajo!» Me dirigió su característica sonrisa, reflejo de la bondad de su

alma, requirió las cuartillas y escribió... Como una prueba de agradecimiento lo consigno aquí, y hago más las palabras del inmortal CERVANTES: «Entre los pecados mayores que los hombres cometen, aunque algunos dicen que es la soberbia, yo digo que es el desagradecimiento, ateniéndome a lo que suele decirse que de los desagradecidos está lleno el infierno. Este pecado, en cuanto me ha sido posible, he procurado yo huir desde el instante en que tuve razón; y si no puedo pagar las buenas obras que me hacen con otras obras, pongo en su lugar los deseos de hacerlas, y cuando éstos no bastan, las publico, porque quien dice y publica las buenas obras que recibe, también las recompensará con otras si pudiere; porque por la mayor parte, los que reciben son inferiores a los que dan.»



PARTE PRIMERA

DOGMÁTICA DE LA AUSENCIA Y LEGISLACION COMPARADA



CAPITULO PRIMERO

La ausencia.—Su concepto e importancia.—Su naturaleza jurídica.

Ausencia, en sentido normal o usual, significa falta de presencia. Derivada del latín *absentia*, equivale, según el Diccionario de la Academia, a la acción de ausentarse o de estar ausente, o tiempo en que alguien está ausente, y el mismo Diccionario expresa que ausente se dice del que está separado de alguien o alejado de un lugar, y especialmente, del punto de residencia. Por tanto, puede definirse la ausencia como el estado de la persona que no se encuentra en el lugar de su domicilio o residencia habitual, y en este sentido, como término opuesto a la presencia, la definía el *Digesto*, lib. L, título XVI: *absentem accipere debemus eum, qui non est loco, in quo petitur* (debemos tener por ausente al que no está en el lugar en que se le llama). ESCRICHE dice que «es el estado de una persona que no se encuentra donde su presencia es necesaria», y ARRAZOLA da la siguiente definición: «Ausente es, jurídicamente hablando, el que no se encuentra en aquel lugar donde debiera encontrarse, activa o pasivamente; es decir, ya para hacer valer algún derecho o usar de algunas facultades, ya para que otro ejercite contra él las que a su vez le correspondan» (1).

PLANIOL, en su conocida obra *Traité élémentaire de Droit civil*, dice que ausente, en sentido vulgar, es aquel que no se encuentra, en un momento dado, en el lugar donde debía estar; y como el lugar normal de la presencia de la persona es el domicilio, define al ausente diciendo que es todo aquel

(1) *Enciclopedia Española de Derecho*, t. IV, pág. 465.

que no se encuentra en su domicilio. Y JOSSERAND afirma (1) que, de ordinario, se dice de una persona que está ausente, cuando no se encuentra en un lugar determinado, con referencia siempre a un punto fijo.

Ahora bien; esta falta de presencia, este alejamiento del domicilio o residencia habitual, puede ser de dos modos: conociéndose la existencia del ausente, o ignorándose tan esencial circunstancia. ¿Cuál de estas dos acepciones constituye el concepto técnico de la ausencia? Para la mayoría de las legislaciones, entre ellas la española, sólo la ausencia en ignorado paradero da lugar a un estado civil especial y produce efectos jurídicos; por lo tanto, el ausente, desde el punto de vista de esta acepción, es un individuo incierto, reinando en torno al mismo la duda e inseguridad sobre su existencia, que es lo que la caracteriza y lo que capitalmente la distingue de la primera acepción, diciendo PLANIOL—en su obra citada—que, en sentido jurídico, envuelve la ausencia la idea de incertidumbre sobre la existencia de la persona, y da la siguiente definición: Ausente es aquel que ha desaparecido de su domicilio sin proporcionar ninguna noticia, de suerte que no se sabe si está muerto o vivo. PLANIOL y RIPERT (2) dicen que ausente es la persona cuya existencia no es conocida por ningún hecho, y cuya muerte no puede ser probada. BONNECARRERE, LABORDE-LACOSTE y CREMIEU afirman (3) que la ausencia es el estado de la persona que ha abandonado su domicilio, sin haber dado noticias suyas después. BONNECASSE, en su obra *Précis de Droit civil*, t. I, se expresa así: Se llama ausencia a la situación jurídica de una persona que ha desaparecido de su domicilio, y sobre cuya existencia domina la duda. JOSSERAND, en su obra citada, dice que, en lenguaje jurídico, expresa la palabra ausencia la incertidumbre que existe acerca de la existencia actual de un ser humano, suponiendo una ruptura de hecho entre un individuo y el medio social en que vivía, de suerte que no puede decirse de él si actualmente está vivo o muerto.

La generalidad de los tratadistas, pues, opinan que lo característico de la ausencia es la incertidumbre sobre la exis-

(1) *Cours de Droit civil positif français*, t. I.

(2) *Traité pratique de Droit civil français*, t. I.

(3) *Précis élémentaire de Droit civil*, t. I.

tencia del ausente, la ignorancia que sobre su vida o muerte se tiene. Así, FERRARA sostiene (1) que el concepto jurídico de la ausencia envuelve la idea de incertidumbre, no sólo acerca del lugar donde se encuentre el ausente, sino sobre la existencia del mismo. STOLFI (2) afirma que, en sentido técnico, se dice ausente a la persona de la que, no solamente hay incertidumbre sobre el lugar de su residencia, sino también sobre su vida o muerte, esto es, cuando *ignoratur ubi sit et an sit*, como decía un jurisconsulto romano. RICCI, BARASSI, ROSSEL, etc., etc., dan análogas definiciones, imperando en todas ellas, así como en las transcritas, dos ideas esenciales: desaparocimiento de una persona de su domicilio; y carencia de noticias sobre su existencia.

Sin embargo, hay alguna legislación más moderna que amplía el concepto de la ausencia, como el Código civil alemán, no exigiendo la incertidumbre de la existencia, al ordenar, en el art. 1.911, que se nombre un curador al ausente cuyo paradero se desconozca o que, aun siendo conocido, no pueda volver o no pueda cuidar de su patrimonio.

La palabra ausencia, según SALVAT (3), tiene tres significados diferentes:

a) En el lenguaje vulgar, se llama ausente a toda persona que no se encuentra en el lugar donde su presencia es requerida, caracterizándose en esta acepción por el solo hecho de no encontrarse aquélla en un lugar determinado.

b) También se llaman ausentes las personas que no comparecen a tomar intervención en un juicio en el que están interesadas, caracterizándose por una doble circunstancia: 1.ª Esta ausencia existe con relación a un juicio determinado, en el que el ausente está interesado; y 2.ª La ignorancia de su domicilio. Pero no hay ninguna duda, al menos ante la ley, respecto a la existencia del ausente, al que se le considera vivo.

c) Finalmente, cuando una persona se encuentra ausente desde algunos años atrás, habiendo abandonado su domicilio, sin que desde entonces se hayan tenido noticias suyas, o

(1) *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I.

(2) *Diritto civile*, vol. I, 1931.

(3) *Tratado de Derecho civil argentino*. Parte general. Buenos Aires, 1931.

bien ha dado algunas, pero después no se han tenido más, entra la duda de su vida o muerte, y esto es lo que constituye el concepto técnico de la ausencia.

En vista del art. 181 del Código civil, es ausente la persona que ha desaparecido de su domicilio sin saberse su paradero, y sin dejar apoderado que administre sus bienes. Esta es la que pudiéramos denominar definición legal de la ausencia, y lo que la caracteriza es, no solamente la no presencia en su domicilio, sino, además, el hecho de haber desaparecido sin dar noticias de su paradero; en este sentido es definida por COLIN y CAPITANT en los siguientes términos: «Ausente es el individuo que ha cesado de estar en el lugar de su domicilio o de su residencia, y cuya existencia no es conocida»; y DE BUEN, de un modo análogo, dice que «es aquella persona cuyo paradero se ignora y sobre cuya existencia reina incertidumbre».

En todas las definiciones antes consignadas no se distinguen los ausentes de los desaparecidos, y a fin de distinguirlos con la debida precisión, por implicar términos distintos, que deben estar sujetos a reglas diversas, definimos por nuestra parte la ausencia como *la desaparición, en circunstancias normales y ajenas a toda idea de peligro, de una persona cuya existencia es incierta e ignorado su paradero*. La esencia de esta institución es la incertidumbre acerca de la existencia del ausente, estando íntimamente relacionada con la teoría del domicilio y de la residencia: con razón dice DA CUNHA (1), siguiendo a COVIELLO, que así como el domicilio, la residencia y la morada constituyen una relación positiva entre la persona y un lugar, la ausencia constituye una relación negativa; y es necesario que la desaparición haya tenido lugar en circunstancias normales, pues si han concurrido en aquélla o han rodeado a la misma, circunstancias extraordinarias, como guerra, naufragio, etc., no puede llamarse entonces propiamente ausencia, ni son aplicables las disposiciones que para ésta consigna el Código civil.

De las dos acepciones que hemos dicho, al principio de este capítulo, que tiene la ausencia, se deriva la clasificación

(1) *Treatado de Direito civil em comentario ao Código civil português*, tomo II.

tradicional que de la misma hacen los tratadistas, en dos grupos: *Ausencia cierta y conocida*, cuando se sabe el paradero del ausente, e *ignorada*, o ausencia propiamente dicha, cuando no se tienen noticias de dicho paradero. La primera es denominada por PLANIOL no-presencia, y la segunda comprende la idea genérica de ausencia, que envuelve dos términos distintos: Ausentes y Desaparecidos, que tienen diferente significación jurídica, denominados por ENNECCERUS (1) *ausencia en general y calificada*, respectivamente.

La distinción de ausentes y desaparecidos la hacen con acierto PLANIOL y RIPERT (2), y la acepta VALVERDE (3), diciendo que desaparecido es el que ha cesado de vérselo a partir de un accidente o una catástrofe en la que, según toda probabilidad, ha hallado la muerte. Esta categoría de individuos—agregan—no son ausentes, puesto que en la ausencia una sola cosa hace suponer la muerte, que es la falta prolongada de noticias, y los desaparecidos se suponen muertos, porque se conoce el acontecimiento que ha causado la muerte.

Si una persona desaparece de su domicilio en circunstancias normales, y no da noticias ni de su paradero ni de su existencia, se le califica ausente, precisamente por la incertidumbre que, en torno a la misma, existe. Pero si esa persona emprende un viaje en un vapor determinado, y el buque en que navegaba naufraga, estando aquélla a bordo, sin tenerse después noticias suyas, la calificación propia y adecuada es la de desaparecida, porque existen grandes probabilidades de que encontrase la muerte en el siniestro marítimo, pudiendo aplicarse la conocida frase de Napoleón: «Se puede decir de este hombre que ha desaparecido; no se puede decir de él que está ausente.» Esta distinción está consagrada y reconocida en los Códigos civiles de Alemania, Suiza, Austria, China, República Argentina y el reciente de los Estados Unidos mejicanos de 1928, entre otros.

Cuando una persona se ausenta de su domicilio y se conoce el lugar de su nueva residencia y su existencia, no crea nin-

(1) ENNECCERUS, KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. I, Parte general con traducción y notas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER.

(2) Obra y tomo citados.

(3) *Tratado de Derecho civil español*, t. I, pág. 304.

gún estado jurídico, ni el legislador tiene por qué intervenir, pues sería una ingerencia extraña y atentatoria a su libertad y a sus derechos esta intervención sin el previo consentimiento del ausente. Únicamente por espíritu de equidad, se han establecido algunas reglas en beneficio de los que se encuentran en tal situación, como, por ejemplo, la prescripción entre ausentes, distinta de las fijadas para la prescripción entre presentes; pero nunca se puede convertir en protector de su abandono, «porque no ha de tener la sociedad más cuenta que el interesado de sus bienes, ni está el poder social para ser curador de negligentes y perezosos, ni se complace con las ideas y costumbres de hoy el que, a pretexto de beneficios dudosos, cuales son siempre los que proporciona la intervención, se disponga de los bienes de los particulares» (1).

No sucede lo mismo en la ausencia propiamente dicha, o en su concepto técnico de ignorado paradero, pues en ella el legislador, por razones de humanidad, de utilidad social y hasta de seriedad, tiene el deber ineludible de intervenir, no sólo para favorecer los derechos e intereses del ausente, el que por estar en tal situación se encuentra en la imposibilidad de atenderlos, sino también para procurar que no sufran menoscabo ni deterioro alguno, en lo cual está interesada la sociedad en general, porque la economía social está fundada en la individual; además, del mismo modo que ha dictado reglas en beneficio de los menores, de los pródigos y de los que sufren interdicción, por ejemplo, tiene forzosamente que ocuparse, por razón de seriedad, de los ausentes, en los que hay incertidumbre de si viven o han muerto, y «seguramente, no un mero capricho, sino alguna poderosa razón, más fuerte y superior que su voluntad, hicieron abandonar su patria, dejando olvidados, quizá indefinidamente, afectos y propiedades, cariños y entusiasmos» (2). Por otra parte, el estado de ausencia es perjudicial para el cónyuge e hijos del ausente, por la delicada situación en que se ven colocados jurídicamente; para el mismo ausente, por los perjuicios que puede sufrir en sus derechos e intereses; para los terceros que con él hubiesen

(1) ESCRICHE, *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, t. I, página 875.

(2) MOUTON Y OSMANO, *Enciclopedia Jurídica Española*, t. III.

contratado, al quedar en lo incierto, sin la intervención del legislador, la efectividad de las obligaciones contraídas; para los presentes, porque puede afectar dicho estado a sus intereses y esperanzas; y, finalmente, para la sociedad, por la paralización y estancamiento que origina en la propiedad y en la contratación al verse ésta anulada por falta de sujeto. De aquí se deriva la importancia de esta materia, y la necesidad de su reglamentación en virtud del poder tutelar del Estado.

La ausencia es una de las seis causas que, actualmente, determinan el estado civil de las personas, tomando la frase «estado civil» en el sentido que lo definió el Rey Sabio, en la ley 1.ª, tít. XXIII, de la Partida 4.ª, o sea, «condición o manera en que los omes viven o están». Pero, aparte de esto, no hay unanimidad de opiniones en los tratadistas respecto a la consideración jurídica de la ausencia; unos, la conceptúan como la relación negativa de la persona con el domicilio; otros, como el Código soviético, la consideran como un modo de extinción de la capacidad jurídica de la persona física; el Código del Brasil la estima como una incapacidad de hecho, por la imposibilidad en que se encuentra el ausente de ejercer personalmente los actos de la vida civil. En nuestra opinión, la ausencia es, jurídicamente, una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar, pues, como dice MOUTON Y OCAMPO, impide el cumplimiento legal y efectivo de la personalidad.

En efecto; la personalidad o capacidad jurídica se define comúnmente por los autores como la aptitud para sostener relaciones de derecho, diciendo DUALDE que «personalidad y capacidad son ideas muy afines, pero se diferencian en que la primera implica la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones en general, mientras que la segunda se refiere a derechos y obligaciones necesariamente determinados, ofreciéndose la personalidad como inalterable, y la capacidad sujeta a oscilaciones cuantitativas. Se puede ser incapaz de tomar dinero a préstamo, de suceder, etc., pero no por ello se es más o menos persona». Si bien estamos conformes con tan ilustre civilista, hay que partir de la distinción entre *persona* y *personalidad*, y así como la persona puede decirse que es todo ser capaz de derechos, la personalidad, según EN-

NECCESSUS (1), no es un derecho, sino una cualidad jurídica, que constituye la condición previa de todos los derechos y deberes, equivaliendo a la capacidad jurídica. Ahora bien: la capacidad civil está integrada por la capacidad jurídica o de goce, y la de obrar, siendo aquélla la aptitud para ostentar derechos, y ésta, la aptitud para crear y sostener relaciones de derecho, o sea, que la capacidad jurídica indica sólo la tenencia y goce de derechos, y la de obrar implica el ejercicio de los mismos; así, un demente posee personalidad o capacidad jurídica, pero es incapaz de obrar, y esto es así porque aquélla, en todos los hombres, es en principio la misma, pero la aptitud para su ejercicio no es igual en todos los hombres, por sobrevenir circunstancias o existir estados especiales que lo dificulten o impidan, o sea, que hay capaces e incapaces, sin dejar por ello de ser personas.

La capacidad o incapacidad de las personas puede ser de *derecho* o de *hecho*; la primera se relaciona con el goce de los derechos, y la segunda con su ejercicio. Por lo tanto, en todos los casos en que no se goza de un derecho determinado, se dice que existe una *incapacidad de derecho*; y cuando una persona goza de un derecho, pero no puede ejercerlo por sí misma, se dice que existe una *incapacidad de hecho*, la cual puede ser absoluta y relativa, según que inhabilite a la persona para el ejercicio de todos sus derechos, o sólo para realizar ciertos actos, o que establezca condiciones para su ejercicio. La incapacidad de hecho engendra una simple incapacidad de ejercicio, pues el incapaz de hecho goza de derechos, pero está privado de ejercerlos, por lo que sus derechos son ejercitados por otras personas que los representan y obran en su nombre.

Por esto, y a pesar de que la personalidad o capacidad jurídica es inherente a la naturaleza humana, por lo que no admite restricciones ni modificaciones, la capacidad de obrar o de ejercicio sí es susceptible de limitaciones, derivadas de las incapacidades antes dichas, y de aquí la necesidad en que se han visto las legislaciones de determinar las causas restrictivas o limitativas de dicha capacidad, determinación que hace nuestro Código civil en su art. 32, mencionando la me-

(1) Obra y tomo citados.

nor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil, enumeración que es incompleta, pues debían estar comprendidas otras muchas causas, entre ellas la ausencia, como claramente se deduce del fundamento de dichas restricciones, el que no es otro que las circunstancias en que se encuentran determinadas personas, que obligan al legislador a suspender o retardar—como dice CASTAN—por un cierto tiempo su aptitud para realizar actos jurídicos, remediando, entre tanto, su defecto de capacidad con instituciones y medios supletorios o complementarios.

La ausencia es, por consiguiente, una causa restrictiva de la capacidad de obrar, representando una incapacidad de hecho absoluta, porque, si bien el ausente goza de la personalidad o capacidad jurídica, carece, por imposibilidad de ejercitarla, de la capacidad de obrar.

La razón de esto consiste, aparte de lo antes expuesto, en que la presencia es la condición que origina las relaciones jurídicas, y sin ella no se conciben, como dice muy acertadamente SANCHEZ ROMAN, la ciudadanía, la vecindad, el domicilio, el estado civil, el dominio, la posesión, la familia, las sucesiones hereditarias, etc., etc.; para comprenderlo, basta considerar que el principal elemento de la relación jurídica es el sujeto presente, hasta el punto que sin éste no existe aquélla, y cuando dicho sujeto se encuentra ausente la indicada relación se suspende, originándose una situación jurídica singular, que se agrava a medida que la ausencia se prolonga, desapareciendo, con el transcurso del tiempo, las probabilidades de vida del ausente, y, por ende, la aptitud para sostener las indicadas relaciones, hasta que llega un momento en que éstas se consuman o se anulan, según las circunstancias que hayan rodeado su nacimiento, o de las que se haya hecho depender su efectividad.

El ausente, por el hecho de su desaparición, no ve limitada su capacidad jurídica o de goce, pues en el sitio en que se encuentre puede crear y sostener relaciones jurídicas, como inherente a su personalidad; pero esta aptitud no la puede tener en el lugar de su domicilio habitual, precisamente por su falta de presencia, y está imposibilitado para el ejercicio de la autoridad marital, patria potestad, derechos dominicales sobre los bienes, etc., originando esta situación una forzosa limita-

ción en la capacidad civil del ausente, a la cual no tiene el legislador más remedio que proveer, en garantía y defensa de los múltiples intereses que éste, con su desaparición, deja abandonados y desamparados, influyendo así en su capacidad de obrar o de ejercicio, pero de un modo *sui generis*, pues basta que el ausente se presente para que la incapacidad de hecho absoluta desaparezca, y recobre por completo su capacidad. Ahora bien; mientras este supuesto no se dé, el ausente está incapacitado, de hecho, para el ejercicio de todos sus derechos, precisamente por su no presencia, y de aquí se deduce la necesidad de proveer a esta incapacidad con las instituciones supletorias adecuadas.

Consecuente con la teoría antes expuesta, el art. 54 del Código civil argentino comprende, entre los que tienen incapacidad absoluta de hecho, a los ausentes declarados tales en juicio, y el art. 1.º del Código alemán dispone que la capacidad jurídica del hombre comienza con la terminación del nacimiento, precepto análogo al 29 de nuestro Código, que establece que el nacimiento determina la personalidad. Si el origen de ésta es el nacimiento, su fin es la muerte; pero, tanto el nacimiento como la muerte, requieren prueba, al igual que sucede con cualquier otro hecho, prueba que no ofrece ninguna dificultad en los casos normales, por la existencia del Registro civil, pero que sí la puede ofrecer en determinados estados o circunstancias especiales, en los que se impone la adopción de ciertas presunciones, cual sucede en el estado de ausencia, presumiéndose unas veces la vida y otras la muerte, ante la dificultad de su prueba, si bien el legislador no establece ninguna presunción de duración de vida, que sería muy oportuna para evitar la fijación de plazos más o menos arbitrarios.

La materia de ausencia tuvo gran importancia práctica a principios del siglo XIX, pero en nuestros días, gracias a la facilidad de comunicaciones y a las disposiciones adoptadas en todos los países para comprobar o legalizar los fallecimientos de nacionales y extranjeros, los casos de ausencia han disminuído considerablemente. Pero, si bien es cierto que en la actualidad tiene menos interés práctico que antes, la importancia de esta materia es enorme y evidente, pues basta, para comprenderlo, considerar que la ausencia da lugar a in-

trincados problemas jurídicos, que han hecho considerarla siempre como una de las difíciles y complicadas, hasta el punto que se la ha denominado *crux juris studiosorum*, influyendo en las cuestiones relativas a la autoridad paterna o marital, a la subsistencia o disolución del matrimonio, a la sociedad conyugal, etc., etc.: también puede producir, y de hecho produce, consecuencias en el orden político, en el administrativo, en el canónico, en el penal y en el civil. Sólo nos proponemos estudiar las de este último orden, distinguiendo la esfera sustantiva de la adjetiva o procesal, y en aquélla los efectos que produce en las personas, en la sociedad matrimonial y en los bienes, para presentar esta institución como un todo orgánico, toda vez que el Código civil sólo la regula desde el punto de vista de los bienes en el tít. VIII del lib. I; pero antes haremos una exposición de las principales legislaciones europeas y americanas, con el sistema que siguen en materia de ausencia. Además, estudiaremos también su influencia en el Derecho mercantil, y la manera cómo está reglamentada en las regiones de régimen foral, para terminar con un anteproyecto de reforma de la institución que nos ocupa, tanto en el Derecho sustantivo como en el adjetivo, ambos del orden civil, exclusivamente.

El expuesto es el plan que nos proponemos desarrollar y seguir en la presente monografía.

CAPITULO II

Origen histórico de la ausencia y juicio crítico del sistema seguido por el Código civil.

La ausencia, como institución jurídica, carece de precedentes en el Derecho romano y patrio, pues no pueden considerarse tales algunas leyes del Digesto y del Código de Justiniano, por referirse a aspectos aislados de la misma, sin coordinación ni enlace. Sólo merecen citarse que los ausentes por causa de la República (*reipublicae causa*), se consideraban presentes para todo cuanto les fuera favorable; también establecieron los romanos que el varón ausente podía contraer matrimonio, pero no la mujer; que la prescripción tenía lugar a los diez años entre presentes y a los veinte entre ausentes, entendiéndose como tales los domiciliados en distintas provincias; concedió al ausente el derecho a la restitución *in integritem*, equivaliendo en todos estos casos la ausencia a no presencia; y desconoció la presunción de muerte, pues consideraba al nacido como vivo mientras no se probase su muerte, cualquiera que fuera el tiempo transcurrido sin tener noticias suyas.

En el antiguo Derecho de Castilla se encuentran algunas disposiciones en las leyes de Partidas, aparte de otras interesantes del Derecho Aragonés, pero desperdigadas, y sin tratar esta materia con la extensión y unidad que su importancia requería. Así, la ley 12, del tít. II, de la Partida 3.^a, dispone se nombre un guardador o curador para los bienes del ausente, y para que con aquél se entienda el que quiera demandar a éste; la ley 10, tít. XXIII, de dicha Partida, hace referencia a la declaración de firmeza de las sentencias dadas contra el ausente; la ley 14, del tít. XIV, de la misma Par-

tida, admite la presunción de muerte del ausente en lejanas tierras si, pasados diez años, fuere fama pública que había fallecido; la ley 8.^a del tit. I, de la Partida 4.^a, disuelve los esponsales cuando uno de los contrayentes se va a otra tierra y se ignora su paradero; las leyes 8.^a, tit. IX, de la Partida 4.^a, y 5.^a, tit. XVII, de la Partida 7.^a, que estatuyen no poder ser acusada de adulterio la mujer cuyo marido hubiere desaparecido, si acaeciese que tardare tanto tiempo que fuese creer que había muerto, o viesen a la mujer nuevas de su muerte, siendo digna de crédito la persona que lo dijese; la ley 4.^a, tit. II, lib. III, del Fuero Real, y la 28, tit. XXIX de la Partida 3.^a, referentes a la prescripción; y, últimamente, la ley 26, tit. XXXI, de la citada Partida 3.^a, autoriza la presunción de muerte del ausente que contare cien años de edad.

Todos estos preceptos eran muy fragmentarios y no podían satisfacer las necesidades de la época, por lo que, el proyecto de Código de 1851, trató de subsanar esta falta, consagrando un título especial a la ausencia que, tomado del Código francés, la dividió en tres periodos: uno, de simple presunción de ausencia; otro, de ausencia propiamente dicha, y otro, de presunción de muerte.

La ley de Enjuiciamiento civil de 1855 estableció algunas disposiciones para la efectividad de los derechos hereditarios y representación en juicio de los ausentes. La ley de Matrimonio civil, de 18 de Junio de 1870, prohibió, en su art. 47, al marido ausente en ignorado paradero, el ejercicio de las facultades expresadas en el 45, párrafo segundo, de la misma, o sea, administrar los bienes de la mujer, representarla en juicio y darle licencia para celebrar contratos y actos favorables, y en su art. 90 disponía que la ausencia prolongada de un cónyuge, con ignorancia de su paradero, no será causa de presunción de su muerte, a no ser que durare hasta que tuviese cien años de edad al ausente, en cuyo caso se le tendrá por fallecido. La ley de Enjuiciamiento civil vigente, de 3 de Febrero de 1881, consagra el tit. XII del lib. III a la «Administración de bienes de ausentes en ignorado paradero», siendo éstas las únicas disposiciones que, referentes a la ausencia, existían hasta que, en la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, se le dedicó una especial, la sexta, que textualmente

dice: «Se caracterizarán y definirán los casos de ausencia y presunción de muerte, estableciendo las garantías que aseguren los derechos del ausente, y de sus herederos, y que permitan en su día el disfrute de ellos por quien pudiera adquirirlos por sucesión testamentaria o legítima, sin que la presunción de muerte llegue en ningún caso a autorizar al cónyuge presente para pasar a segundas nupcias.» En cumplimiento y desarrollo de esta base, al publicarse el Código civil vigente, se dedicó el tít. VIII del lib. I a la ausencia, distribuido en cinco capítulos, que se ocupan: el primero, de las medidas provisionales en caso de ausencia, o sea, la simple presunción de ausencia del proyecto de 1851; el segundo, trata de la declaración de ausencia; el tercero, de la administración de los bienes del ausente; el cuarto, de la presunción de muerte y sus efectos, y el quinto, de los efectos de la ausencia relativamente a los derechos eventuales del ausente.

Este sistema es copia sustancial del establecido en el Código Napoleónico, en el que sus redactores—dicen COLIN y CAPITANT—distinguieron tres períodos en la ausencia: el de presunción de ausencia; el de ausencia declarada con posesión provisorio, y el de posesión definitiva, habiendo introducido nuestro Código algunas modificaciones, como son: abreviar algo los plazos; conceder, en vez de la posesión provisional, una administración a determinadas personas; y en vez de la posesión definitiva, ha establecido una presunción de muerte. Por consiguiente, la reglamentación de nuestro Código consiste en establecer una serie de medidas escalonadas, según la mayor o menor probabilidad de la muerte del ausente, dando diferentes efectos al tiempo de la ausencia; y la idea capital que parece presidirlo es la de que el hombre, como todas las cosas y objetos, está sujeto a la ley económica de la desvalorización, y a medida que pasa el tiempo, tanto las personas como las cosas, pierden valor en el mercado, derivándose de aquí las diferencias que se observan en las distintas legislaciones que siguen un sistema análogo al de nuestro Código, en orden al plazo exigido para la declaración de presunción de muerte, según el criterio que tengan respecto al gran mercado, que es la vida.

La organización de la ausencia—dice CASTAN—, tal como la establecen los Códigos latinos (francés, italiano y espa-

fiol), es considerada por los autores modernos como inadecuada a las exigencias de nuestros tiempos; y CIMBALI decía de ella que era complicada, económicamente desastrosa y prácticamente inútil. ¿Son ciertas estas censuras? A nuestro juicio, sí. Hay que reconocer que la reglamentación de la ausencia hecha por el Código, significó un gran paso en la materia, dado lo defectuosamente que estaba tratada en nuestro derecho histórico; pero en la actualidad no puede satisfacer ni llenar las exigencias de nuestra época. Son demasiados estados de ausencia, y demasiado largos los plazos, para que merezca nuestro aplauso el sistema del Código, porque hoy día, con los poderosos y rapidísimos medios de comunicación de que se dispone, como el telégrafo, el teléfono, la navegación aérea, la radio, etc., es muy difícil, y casi hasta imposible, que no se logre averiguar el paradero de una persona, y que ésta, si quiere, no pueda dar noticias de su existencia. La vida moderna se caracteriza por un dinamismo tan vertiginoso, tan continuo y acelerado, que a las pocas horas de ocurrido un suceso en un país cualquiera, se conoce en todo el mundo; los Estados tienen representantes diplomáticos en las diversas naciones que integran el mundo civilizado, y a su servicio están dedicados poderosos, múltiples y eficaces medios de investigación, lo que hace que pocas cosas se escapen a su acción y vigilancia. Y con tantas facilidades y tan enormes medios, ¿a qué sostener esa diversidad de estados de ausencia y esa prolongación de plazos? Además, en esta materia ocurre algo parecido a lo que sucede con la tutela, que sólo se piensa en que existe cuando hay necesidad de aprobar alguna partición en la que el interesado esté ausente, o vender algunos bienes, o cuando cualquier otra circunstancia hace precisa, dado el sistema actual de nuestra legislación, la previa declaración de ausencia, pues las medidas provisionales sólo en contados casos se solicitan y utilizan.

En los últimos años—dice CASTAN (1)—, la guerra europea y la post-guerra han evidenciado todavía más los defectos de tan arcaico sistema, y la necesidad de introducir profundas reformas en la institución de la ausencia, para que deje ésta de llevar consigo una larga y funesta inmovilización de la

(1) *Derecho civil para oposiciones a Notarías determinadas*, t. I.

propiedad. En efecto; que esta necesidad es evidente, lo prueba la ley dictada en Francia el 25 de Junio de 1919, con motivo de la guerra europea, disponiendo que basta el transcurso de un año desde la desaparición, y de seis meses desde la publicación oficial de la interposición de la demanda, para que el Tribunal pueda hacer la declaración de ausencia, facultando a éste para reducir hasta cinco años el plazo de treinta fijados para la entrega, en posesión definitiva, e incluso, establece que, pasados dos años desde la desaparición comprobada, y seis meses desde la ley que ponga término a las hostilidades, puede el Tribunal, a petición de los interesados, dictar su resolución *declaratoria del fallecimiento*, sin más presunciones de muerte que las que resulten del lapso del tiempo. En Italia se dictó, por igual motivo, el Real decreto de 15 de Agosto de 1919, el que establece que puede declararse la muerte de los desaparecidos en las operaciones militares al transcurso de un año de la cesación de las hostilidades, o desde la noticia oficial de un naufragio u otro siniestro marítimo, o, tratándose de prisioneros de guerra, a los dos años de haber sido libertados sin tenerse noticias de los mismos. También en Alemania se dictó un Decreto sobre los desaparecidos en la guerra, de fecha 18 de Abril de 1916, refundido en 9 de Agosto de 1917 y modificado por ley de 20 de Febrero de 1925, en la que se dispone que el desaparecido durante la guerra puede ser declarado muerto un año después de la última noticia sobre su vida. Y en Austria, por la ley de 31 de Marzo de 1918, se fijó para la declaración de muerte el plazo de dos años, contados desde la última noticia de vida.

Si bien dichas disposiciones se refieren a circunstancias extraordinarias, es lo cierto que existe una corriente general en los autores y tratadistas a favor de la simplificación en la reglamentación de la ausencia y disminución de los plazos, como lo revela el Código alemán, el que autoriza la declaración del fallecimiento por el transcurso de diez años si ha expirado el año en que el ausente cumplió treinta y uno, y sólo por el transcurso de cinco, si el ausente ha cumplido setenta de edad; el Código suizo establece la declaración de ausencia a los cinco años desde que se tuvieron las últimas noticias, o al año de la desaparición, si ésta ocurrió en ocasión de un peligro de muerte, pero en uno y otro caso con plenos

efectos para la apertura de la sucesión; el derecho inglés no conoce la declaración de muerte, pero sí la presunción de muerte, que se decreta a los siete años de ausencia; el artículo 12 del Código civil soviético establece la declaración de fallecimiento a los cinco años de ser publicado el hecho de la ausencia, inscribiéndose la sentencia en el Registro civil, y considerándose como momento de la muerte aquel en que entra en vigor dicha sentencia; el Código holandés autoriza la declaración de presunción de muerte a los cinco años de ausencia, si el ausente no dejó apoderado, y a los diez en otro caso; el chino fija, para la declaración del fallecimiento, el plazo de diez años, y el de cinco si el ausente ha cumplido setenta de edad; el de Panamá decreta la presunción de muerte a los quince años de ausencia, y el de la Argentina fija el plazo de seis años en circunstancias ordinarias, y el de tres en circunstancias extraordinarias o anormales, como guerra, naufragio, etc.

Resumiendo esta crítica, podemos decir que el sistema de nuestro Código es antieconómico, por los cuantiosos gastos que origina la declaración respectiva en cada uno de los tres estados de ausencia que reglamenta; excesivamente dilatorio, por los prolongados plazos de tiempo que exige, en los que ni siquiera se atiene al término medio de la vida humana; y perjudicial para la propiedad, por la inmovilización a que condena a ésta durante bastantes años. Y hoy tiene menos razón de existir por haberse reconocido, como una de las causas de divorcio, la declaración de ausencia de un cónyuge, según explicaremos en el correspondiente capítulo, por lo que no es preciso esperar al transcurso de los treinta o noventa años exigidos para declarar la presunción de muerte, toda vez que el juicio de divorcio disuelve el vínculo matrimonial, con la liquidación de la sociedad de gananciales y las demás consecuencias que tan importante declaración lleva consigo, análogas a las de presunción de muerte, e incluso más eficaces, porque la transmisión de bienes es definitiva, sin posibilidad de restitución, como sucede en esta última.

Por consiguiente, sería de desear que se modificara el sistema vigente sustituyéndolo por otro más rápido y económico, estableciendo una especie de curador o administrador de los bienes del ausente durante los primeros años en que se

carezca de noticias del mismo, y transcurridos, por ejemplo, cinco años sin recibirse noticias del ausente, declararle presunto muerto con plenos efectos para la sucesión hereditaria; ¿es que no es plazo suficiente el de los cinco años para creer, dados los medios de comunicación de que hoy se dispone, que si entonces no se sabe nada de un ausente ya no es fácil que se sepa? Claro es que pueden ocurrir casos aislados en que este supuesto se dé, pero el legislador no debe tomar como medida general lo excepcional, y, en todo caso, sus derechos quedarían asegurados conservando el art. 194 de nuestro Código civil; lo que es más difícil que conserve, hoy día, son los derechos que tuviera en el matrimonio y los derivados de la patria potestad, si el cónyuge presente interpone la acción de divorcio y consigue sentencia favorable.

También es digno de censura el Código por no haber reconocido y consagrado la distinción entre ausentes y desaparecidos, lo que ha obligado al legislador español a regular la situación jurídica de los últimos en disposiciones fragmentarias y aisladas. La primera disposición que trató de resolver el problema de los desaparecidos fué el Decreto de 1.º de Mayo de 1873, que en su art. 9.º ordenaba a los Jueces municipales la instrucción de las oportunas diligencias en todas las defunciones ocurridas «por accidente casual», a fin de hacer constar las circunstancias personales de los fallecidos; y con la misma finalidad aparecen redactados los arts. 10 y 11, relativos a los casos de incendio, hundimiento y naufragio, confiriendo al encargado del Registro civil amplias facultades para ordenar reconocimientos periciales y exigir copia de las actuaciones que se hayan instruido con motivo del siniestro. El Decreto de 17 de Julio de 1874 y Ordenes del Ministerio de la Guerra y del de Gracia y Justicia, de 16 de Octubre y 11 de Diciembre del mismo año, regularon las inscripciones de defunción de los militares desaparecidos en campaña.

De igual alcance son la Real orden de 12 de Enero de 1885, sobre inscripción de defunciones en los Registros civiles de los pueblos devastados por los terremotos; la Real orden de 14 de Septiembre de 1891, dada para Consuegra y demás pueblos inundados de la provincia de Toledo, y el Real de-

creto de 16 de Febrero de 1892, para la inscripción de las defunciones ocurridas en la misma inundación.

La Real orden de 28 de Septiembre de 1900 aplicó el Decreto del 73 a las defunciones ocasionadas por haber caído y desaparecido en las aguas del mar un tripulante o pasajero, y autorizó la extensión de asientos provisionales, con efectos administrativos, cuando no resultaren identificados los cadáveres. Con mayor precisión, permitió el Real decreto de 12 de Febrero de 1903 la inscripción del fallecimiento de los naufragos del «Reina Regente», mediante la transcripción del certificado expedido por las Autoridades de Marina, en el que se hacía constar que el individuo en cuestión formaba parte de la dotación del crucero el día en que éste había salido de Tánger.

Con motivo de los sucesos ocurridos en la Comandancia General de Melilla durante el verano de 1921, se dictó el Real decreto de 10 de Febrero de 1923, en el que se dispuso que la inscripción de fallecimiento del personal del Ejército de África desaparecido, se practicara en el Registro civil del Juzgado municipal correspondiente al pueblo del último domicilio, y, en su defecto, en el de su naturaleza, mediante el certificado expedido por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que se hacía constar que el individuo a que se refiere está incluido en la relación de desaparecidos remitida por los Jefes de los distintos Cuerpos o unidades de dicho Ejército, exigiendo, para practicar la inscripción de defunción, el transcurso de un año, como plazo mínimo, desde la desaparición.

Finalmente, la Orden de 25 de Enero de 1932 dispone la aplicación de los arts. 9.º y 11 del Decreto de 1.º de Mayo de 1873, a las defunciones ocurridas por caer al mar algún tripulante o pasajero de un buque durante la navegación, lo mismo cuando sea hallado e identificado el cadáver, que cuando resulte desaparecido, después de las diligencias y pesquisas hechas para su hallazgo.

De la enumeración expuesta resulta que nuestro derecho ha cubierto los tres sectores que, al lado de la declaración de ausencia, se regulan por las leyes modernas: guerra, siniestro marítimo y accidente fatal. Pero esta regulación se hace *a posteriori*, partiéndose de la certeza del fallecimiento, y

centrándose la serie de acontecimientos en un solo instante, como si se tratase de un caso de *commorancia* o muerte simultánea, por lo que no se fijan plazos para robustecer la presunción jurídica nacida del peligro. Este sistema es absurdo, y ya es hora de que nuestro legislador decreta reglas precisas para los casos de desaparecimiento, previéndolos y distinguiéndolos de los de ausencia, siguiendo el ejemplo de las legislaciones alemana, suiza, china, mejicana, etc.

Por último, nuestro Código civil no contiene ninguna regla que establezca normas para la ausencia en el Derecho internacional privado, pero, en principio, debe aplicarse el estatuto personal, por ser materia que, como dicen PEREZ GONZALEZ y ALGUER, roza al estado, condición y capacidad legal de las personas, y al supuesto de sucesión *mortis causa*. Respecto a los preceptos por los que debe regirse la ausencia comenzada antes de entrar en vigor el Código, no creemos que se susciten dificultades en la actualidad, pero, en la hipótesis de que se presentase algún caso, puede resolverse aplicando las reglas 4.^a, 8.^a, 9.^a y 13 de las Disposiciones transitorias, cual lo tiene hecho el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de Marzo de 1897, en la que declara que se ha de aplicar el Código civil a la sucesión de la persona cuya presunción de muerte fué declarada vigente el Código, sin retrotraerla a fecha anterior.

CAPITULO III

Reglamentación de la ausencia en la legislación comparada (Europa).

Antes de entrar en el estudio de la institución de la ausencia en nuestro Derecho, tanto sustantivo como adjetivo, cuya crítica general acabamos de hacer en el capítulo precedente, es muy conveniente estudiar el modo cómo está reglamentada dicha institución en las legislaciones europeas y americanas, a fin de poner de relieve el defectuoso sistema de nuestro Código, y justificar las censuras a que éste es acreedor. En el presente capítulo expondremos los más importantes sistemas europeos, y, además, el de China, por ser muy reciente, y el siguiente lo dedicaremos al de los sistemas americanos.

Las legislaciones extranjeras, en materia de ausencia, dicen los autores de la *Enciclopedia Espasa*, pueden dividirse en tres grupos:

1.º Aquellas en que la declaración de ausencia sólo determina una presunción de ausencia (Francia, Italia, etc.).

2.º Aquellas en que dicha declaración determina, desde luego, la presunción de muerte, que es el sistema de Alemania y Austria, siendo la principal diferencia entre ambos grupos que el primero no anula o disuelve el matrimonio del ausente, y el segundo grupo, sí.

3.º Aquellas que, no admitiendo por completo el que la declaración de ausencia produzca la presunción de muerte, se deciden por una presunción de muerte que puede anular el matrimonio del ausente, pero que exige ciertas cauciones a los derechohabientes antes de entregarles los bienes (sistema mixto), sistema seguido por Inglaterra, en donde el derecho en materia de ausencia es obra de la jurisprudencia.

Francia.

La ausencia, como institución jurídica, es obra de la Revolución francesa, ejerciendo el Código francés gran influencia en este punto, como en otros muchos, sobre otras legislaciones. Su idea capital es la incertidumbre que reina sobre la existencia del ausente, suponiendo que éste puede volver de un momento a otro: es esencialmente empírico y complejo, y ha sido elaborado con la preocupación de reservar, cueste lo que cueste, la situación jurídica del ausente, el que, por lejos que remonte su desaparición, no será jamás considerado como ciertamente fallecido, huyendo de consagrar lo irreparable. Como nuestro Código está inspirado en este sistema, lo expon-dremos con extensión.

Distingue el Código civil francés tres períodos en la ausencia: el primero, denominado *presunción de ausencia*, comienza con la desaparición del domicilio o la recepción de las últimas noticias, o sea, tan pronto como empiezan a surgir dudas sobre la existencia de una persona, y como se espera su regreso, constituye la ausencia en este período un estado de hecho, más que un estado de derecho, siendo preferidos los intereses del ausente a los de las personas presentes, por lo que se limita a adoptar simples medidas conservativas. Los efectos que produce este período, son: la imposibilidad de comprender al ausente en la partición de una sucesión a que esté llamado, si se ha abierto después de su desaparición, porque para tomar parte en una sucesión es preciso existir en el momento de su apertura, y la existencia del ausente es incierta; la posibilidad de tomar, relativamente a sus bienes, medidas provisionales de protección; la organización de una tutela provisional para los hijos menores, si no hay otra tutela organizada y confiada a otra persona; si el ausente es el marido, los hijos concebidos por la mujer cesan de beneficiarse de la presunción *pater est quem nuptiae demonstrant*, etc., y otros análogos. Pero todos pueden reducirse a dos: la constitución de una tutela provisional para los hijos del ausente, y el nombramiento de un administrador o curador para los

bienes del mismo, o sea, simples medidas provisionales, que se decretan a instancia de parte interesada, para la conservación de los bienes, entendiéndose por parte interesada el cónyuge, los que tienen sobre los bienes del ausente derechos subordinados a su fallecimiento, y el Ministerio público. Para dar posesión del cargo al nombrado se precisa la previa formación de inventario, y se decretan las medidas que se conceptúan necesarias, sin especificarlas el Código francés, por dejarlas al arbitrio de los Tribunales.

El segundo período se denomina *declaración de ausencia con entrega provisional de los bienes*, y tiene lugar cuando han transcurrido cuatro años desde que desapareció el ausente o se recibieron sus últimas noticias, o diez en el caso de que dejare persona encargada de la administración de sus bienes, pudiendo, a instancia de parte interesada, declarársele ausente. El poder dejado al mandatario ha de ser general, para administrar los bienes del ausente, contándose los plazos dichos desde el día mismo de su desaparición, o desde la fecha de expedición de las últimas noticias, y no la de la recepción de éstas. Pueden instar dicha declaración los herederos presuntos del ausente, los legatarios, donatarios, el cónyuge, los nudo propietarios de los bienes en los que el ausente tenga el usufructo, y, en general, todos los que tengan sobre los bienes del mismo ausente un derecho subordinado a la condición de su muerte; deducida la petición, se abre una información, en la que es parte el Ministerio público, que recae sobre la conducta del ausente y sobre las circunstancias de su desaparición, debiendo ser recibidos dos juicios sucesivos, el que ordena la información, llamado por el art. 118 *juicio preparatorio* (que PLANIOL denomina *juicio interlocutorio*), y el que declara la ausencia. Llamado *juicio definitivo*. Ambos son enviados al Ministro de Justicia, que está encargado de hacerlos públicos, con objeto de advertir al ausente, si aún existe, y transcurrido un año de la publicación, se hace la declaración de ausencia, de modo que ésta, en realidad, ha de tardar cinco u once años, según que no dejó o sí mandatario. Declarada la ausencia, se entregan los bienes, provisionalmente, a los presuntos herederos, excepto cuando el cónyuge presente ejercita el derecho, que le concede el art. 124, de retardar la disolución de la comunidad, y opta por la continuación

provisional de la misma, que en ningún caso puede prolongarse más de treinta años. Supuesta la inacción del cónyuge, se entregan los bienes, como hemos dicho, a los presuntos herederos, pero no como propietarios, sino como meros depositarios o administradores de aquéllos, por lo que no pueden realizar ningún acto de disposición, y están obligados a formar inventario y prestar fianza, así como a devolver los bienes si el ausente aparece, y parte de los frutos percibidos, que consiste en una quinta parte, si no han transcurrido quince años desde la desaparición; la décima parte, si es después de los quince años, y la totalidad, si han transcurrido treinta años de ausencia. En resumen, que este período se caracteriza por hacer propia, los puestos en posesión, una buena parte de las rentas.

El tercer período es una segunda fase del anterior, y consiste en que, transcurridos treinta años de haber sido entregados los bienes en posesión provisional, o, aun antes de este término, en el caso de que el ausente hubiera cumplido los cincuenta años de edad, puede solicitarse por los interesados la entrega de los bienes en posesión definitiva. Produce un doble efecto: pone fin, necesariamente, a la continuación de la comunidad provocada por el esposo presente, realizándose todos los efectos de la ausencia que la opción del cónyuge había retardado; y concede la posesión definitiva de los bienes a los herederos, cancelándose las fianzas, puesto que se abre la sucesión del ausente, y a éstos se les reputa como propietarios, obligados a restituirlos si el ausente reaparece, pero no todos, sino los bienes que existan en el estado en que se encuentren, el precio de los enajenados, y los procedentes de la colocación de las sumas cobradas por razón de la venta de dichos bienes. El matrimonio no se disuelve, ni el cónyuge presente puede contraer nuevas nupcias; pero si las contrae, sólo el ausente puede atacarlas, siempre que pruebe su existencia, según el art. 139. La mujer casada, cuando su marido es el ausente, puede, en todos los estados de ausencia, solicitar la autorización judicial en los casos que la ley exige la marital; los tratadistas franceses discuten si es también necesaria, y puede concederse, la autorización judicial, en los casos de simple no presencia, extremo sobre el que hay diversidad de opiniones, pero, durante la guerra, la ley de 3 de Julio de 1915 permitió a la mujer casada, que estuviera imposibilitada de obtener la

autorización marital, de pedir, en casos de urgencia, la judicial. Finalmente, PLANIOL dice que si una mujer da a luz un hijo después de trescientos días de la desaparición o de las últimas noticias de su marido ausente, este hijo no es legítimo, ni puede conceptuarse adulterino, por lo que los tratadistas y la jurisprudencia lo estiman *natural*, y con este título se le permite venir a la sucesión de su madre.

Cesa el estado de ausencia cuando se prueba la existencia del ausente o su fallecimiento, porque en ambos casos desaparece la incertidumbre, y en el primer caso recobra sus bienes, pero la restitución depende, en su extensión, de la época de la desaparición o de las últimas noticias.

Este sistema lleva hasta a complicación el respeto a los derechos del desaparecido, al contrario de las ideas directrices en esta materia por una de las mejores y más recientes codificaciones, el Código civil suizo.

Italia.

El Código civil italiano regula la ausencia de un modo análogo al francés, que le sirvió de modelo, y distingue los mismos tres estados o períodos: uno, de ausencia presunta, que tiene su punto de partida en la desaparición de una persona sin noticias de la misma, y como en él prevalece la probabilidad de vida, se reduce su reglamentación a proveer a la representación del ausente y a la conservación y administración de su patrimonio, previa formación de inventario. Transcurridos tres años de la desaparición o de las últimas noticias, o seis, en el caso de que el ausente hubiese dejado procurador general para administrar, a petición de parte interesada, se entra en el segundo período, declarándose la ausencia, en el que prevalece la probabilidad de muerte y se abre la sucesión del ausente, pero sólo a título provisional, en favor de los herederos testamentarios o legítimos; antes de hacer dicha declaración, se abre un período informativo por seis meses, y si no se adquieren noticias, se dicta la sentencia de declaración de ausencia, la que se publica en los periódicos oficiales, y transcurridos seis meses de la segunda publicación,

previa apertura del testamento, se entrega a los herederos la posesión temporal de los bienes, los cuales tienen que prestar fianza y formar inventario, porque sólo son administradores, no propietarios, y tienen derecho al disfrute de renta, que es limitado, salvo que el poseedor sea ascendiente, descendiente o cónyuge del ausente; los otros poseedores, que sean parientes, deben reservarse un quinto de la renta en los primeros diez años, y un décimo después de los diez años de la vuelta del ausente. Durante la ausencia del padre, la patria potestad pasa a la madre, y el cónyuge presente, al igual que en el Código francés, no puede contraer nuevo matrimonio.

El tercer período es una segunda fase del anterior, que tiene lugar cuando han transcurrido treinta años desde la declaración de ausencia y entrega provisional de los bienes sin noticias del ausente, o cuando éste ha cumplido cincuenta años de edad. En cualquiera de estos dos supuestos, y a petición de parte interesada, se entregan definitivamente a los herederos los bienes, pudiendo enajenarlos y ejercer sobre ellos facultades dispositivas, puesto que en este período se consideran como propietarios, y, por este motivo, se cancelan las fianzas prestadas.

Como de la simple lectura se deduce, no hay ninguna diferencia sustancial entre este sistema y el francés, y para que la semejanza sea más completa, dispone el arts. 42, 43 y 45 del Código italiano que nadie debe ser admitido a reclamar un derecho en nombre de persona cuya existencia se ignora, si no prueba que tal persona existe cuando el derecho se ha originado; que al iniciarse una sucesión a que fuere llamada, en todo o en parte, una persona cuya existencia no conste, la sucesión pasará a aquellos con quienes tal persona había tenido derecho a concurrir, o a quienes, en su defecto, correspondería, salvo el derecho de representación, debiendo proceder las personas a quienes pasa la sucesión, en defecto del ausente, al inventario de los bienes muebles y a la descripción de los inmuebles; y que, mientras no se presente el ausente, o no se promuevan en su nombre las acciones que le correspondan, no están obligados los que hayan recogido la sucesión a restituir los frutos percibidos de buena fe.

Por último, cesa el estado de ausencia cuando se prueban la existencia o la muerte del ausente, así como cuando regre-

sa; en este caso, si el regreso tiene lugar durante el segundo estado, recobra todos sus bienes y la renta reservada, y si es en el último período, recupera sólo los bienes y en el estado en que se encuentren.

Francia e Italia regulan la ausencia de un modo idéntico, con algunas diferencias accidentales, que en nada afectan a la sustancialidad de la institución.

Alemania.

Una de las legislaciones más progresivas en materia de ausencia es la alemana, pues su deseo de favorecer y proteger los intereses del ausente le lleva a no exigir la incertidumbre de su existencia, como lo revela el art. 1.911 del Código civil, que ordena se nombre un curador al ausente cuyo paradero se desconozca, o que, aun siendo conocido, no pueda volver o no pueda cuidar de su patrimonio.

Divide la ausencia en general y calificada, siendo la primera la establecida para los casos no tratados por disposiciones especiales, y la calificada la regida por reglas diversas, que comprende tres casos: desaparición en la guerra, en el mar o en otro peligro, denominada también genéricamente «desaparición en accidente», o sea, que este Código consagra la distinción entre ausencia y desaparición, expuesta en el cap. I.

Con arreglo a la legislación germánica, cuando una persona se ausenta, sin tenerse noticias de la misma, se le nombra un curador que cuida de su patrimonio. Transcurridos diez años, contados desde el fin del año último en que el ausente vivía aún, según las noticias que se tengan, y siempre que el ausente hubiera cumplido los treinta y un años, a petición de parte interesada se pronuncia la declaración de muerte; si el ausente hubiere cumplido setenta años de edad, basta el transcurso de cinco años, contados desde la última noticia, para hacerse dicha declaración.

Si se trata de desaparición, para los tres casos que distingue, da las reglas siguientes: la declaración de muerte de los desaparecidos se pronuncia, respecto de las personas que han

tomado parte en una guerra, a los tres años contados desde la celebración de la paz, o desde que ella concluyó de hecho; en el caso de peligro de vida, se exige también el plazo de tres años, contados desde el acontecimiento que determinó dicho peligro; y si se trata de desaparición en el mar, la declaración de muerte puede hacerse pasado un año a partir de la pérdida del buque, respecto de las personas que iban a bordo de éste, pericido en el curso del viaje.

En todos los casos, la declaración de muerte se hace por un procedimiento intimatorio, que regula la ley Procesal civil, el que se abre a instancia de parte, debiendo el solicitante, antes de iniciarse el procedimiento, hacer dignos de crédito los hechos constitutivos de la ausencia, y verificado esto, se dicta la intimación, o sea, el requerimiento público al desaparecido para que comparezca dentro de un plazo determinado, y a los demás para que comuniquen las noticias que puedan tener sobre el ausente acerca de su vida o muerte; esta intimación se hace en los periódicos oficiales, y en el tablón de anuncios del Tribunal, por plazo mínimo de seis meses, con facultad en aquél para practicar de oficio las averiguaciones necesarias y recoger las pruebas: la declaración de muerte se hace por sentencia, y en ella se fija el momento presunto de aquélla, surtiendo efecto a favor y en contra de todos, puesto que se trata de sentencias constitutivas, toda vez que crean un estado de derecho que antes no existía. El momento presunto de la muerte, que hay que señalar en la sentencia, es el fijado por la legislación alemana, y, según los casos, es el último día de los diez o cinco años, el día de cumplimiento de los treinta y un años de edad, el de la celebración de la paz, o expiración del año en el cual la guerra concluyó de hecho, el día de la pérdida de la embarcación, o, en fin, el del acontecimiento que da lugar a la declaración.

Hecha la declaración de muerte, se presume en el Código alemán que *el ausente no vive ya*, por suponerse que éste ha muerto en el instante mismo que se determina en la sentencia, según decimos antes; da lugar a la apertura de la sucesión del desaparecido y partición de sus bienes, con carácter definitivo; en el caso de reaparecer el declarado muerto, goza de acción para recuperar su patrimonio. El matrimonio no se disuelve por efecto de esta declaración, dándose solamente

una presunción de su disolución, por virtud de la cual el cónyuge presente puede contraer nuevo matrimonio, que sólo es nulo si los dos cónyuges sabían, al contraerlo, que el ausente sobrevivía a su declaración de muerte; en todos los demás casos, por la celebración del nuevo matrimonio se disuelve el anterior, disolución que continúa aún en el caso de que se destruya o se revoque la presunción de muerte.

La patria potestad del ausente termina en el momento que se fija como presunto de la muerte, pudiendo recobrarla si manifiesta su voluntad en este sentido al tribunal de tutelas; la tutela o curatela llevada por el ausente o sobre él, si no ha sido revocada ya de antemano, se concluye definitivamente por la declaración de muerte, como asimismo la condición de miembro de un Consejo de familia. Al volver el ausente, estas relaciones jurídicas no pueden, por tanto, revivir, sino, a lo sumo, ordenarse de nuevo.

Finalmente, regula con minuciosidad los casos en que puede dejarse sin efecto la declaración de muerte, disponiendo que si el ausente vuelve o se tienen noticias de él, puede recobrar su patrimonio mediante una acción análoga a la acción de herencia y exigir al cuasi-heredero la devolución del certificado de declaración de heredero que se haya expedido por el Tribunal de la herencia, cuya pretensión prescribe a los treinta años. También pueden los terceros probar que la declaración de muerte es inexacta, y si, a consecuencia de la impugnación, se revoca la citada declaración, o se fija otro momento de la muerte, la nueva sentencia tiene efecto contra todos.

Suiza.

La materia de ausencia está muy simplificada en el Código civil suizo, que es muy análogo al alemán, pero ha abreviado sensiblemente los plazos y no admite ni presunción de vida ni de muerte, abriendo por completo la sucesión hereditaria, una vez declarada la ausencia. No divide a ésta en períodos, como hacen los Códigos latinos, pero no por eso deja desatendidos los intereses del ausente, pues los arts. 392

y 393 disponen que, a título de medida provisional, hasta que se declare la ausencia, puede nombrarse, a instancia de parte o de oficio, un curador al ausente cuya residencia no se conozca, y cuando un mayor de edad no pueda, por razón de su ausencia, realizar algún negocio urgente ni designar él mismo un representante.

El Código civil suizo distingue entre ausentes y desaparecidos con ocasión de un peligro de muerte; en este último caso exige, para la declaración de ausencia, el transcurso de un año, al menos, desde que ocurrió el peligro de muerte, y en el primero, o sea, en el de ausencia, el plazo es de cinco años después de las últimas noticias, cuyo plazo se cuenta, no desde la recepción de dichas noticias, sino desde la *emisión* de ellas, atendiendo a que este es el momento que la existencia del ausente está devenida incierta.

La declaración de ausencia, según el art. 550, es pronunciada de oficio, a instancia de autoridad competente, cuando los bienes de la persona desaparecida, que sean parte de una sucesión, han estado administrados de oficio durante diez años, o cuando esta persona haya cumplido la edad de cien años. Fuera de estos casos, dicha declaración se hace a instancia de parte, teniendo esta consideración los herederos presuntos, testamentarios o legítimos, del ausente, el legatario, el cónyuge, los nudo propietarios, pero no los acreedores del ausente, a los que no se les reconoce ningún interés ni oficio; es juez competente para hacer dicha declaración el del último domicilio que el ausente tuvo en Suiza, o el del lugar de origen si es extranjero. Se sigue un procedimiento análogo al alemán, o sea, el incimatorio, dándose el plazo de un año, al menos, contado desde la primera intimación, y como la ley exige dos publicaciones como mínimo, resulta que la declaración de ausencia no puede ser pronunciada hasta el transcurso de dos años, a contar desde el peligro de muerte, o seis años después del envío de las últimas noticias. Según el artículo 37, debe desestimarse la demanda si el ausente se presenta antes de la expiración del plazo de la intimación, o se reciben noticias del mismo, o se prueba la fecha de su muerte.

Los efectos que dicha declaración produce son: se abre la sucesión del ausente, lo mismo que si su muerte estuviese probada, retro trayéndose sus efectos al día del peligro de muer-

te o de las últimas noticias; los bienes pasan a los herederos definitivamente, pero están obligados a prestar garantías antes de la toma de posesión, para asegurar la restitución eventual de los mismos a los derechohabientes preferentes o al propio ausente, garantías que son adoptadas por cinco años cuando la desaparición ocurrió con ocasión de un peligro de muerte, y por quince años en caso de desaparición sin noticias; se inscribe la declaración de ausencia en el registro de defunciones, inscripción que puede quedar sin efecto a instancia de cualquier interesado que pruebe que los hechos que la justificaban eran inexactos; el cónyuge del ausente no puede contraer nuevo matrimonio hasta la disolución del precedente por el Juez, disolución que puede pedirse al mismo tiempo que la declaración de ausencia, o por una acción separada, por el mismo procedimiento que rige en materia de divorcio, cuya acción es la de abandono malicioso, que menciona el art. 140.

Los bienes se restituyen al ausente cuando éste aparece, o a los terceros cuando hacen valer derechos preferentes, aplicándose a uno y otro caso las reglas de posesión; pero si poseen de buena fe, no están obligados a restituir, respecto de los terceros con derecho preferente, durante el plazo de la acción de petición de herencia (art. 547).

Respecto a los derechos eventuales del ausente, dispone el art. 32 que los que para ejercer un derecho pretenden que una persona existe o que está muerta, o que ha estado viviendo en una época determinada, o que ha sobrevivido a otra persona, debe probar el hecho que alegue.

Finalmente, los conflictos de leyes relativos a la ausencia, se rigen por las mismas reglas destinadas a proteger la personalidad, siendo la nacionalidad del ausente la dominante, cualquiera que sea el lugar en que los bienes estén sitos.

Portugal.

El Código civil portugués divide la ausencia en dos períodos: curaduría provisional y definitiva, y subdivide ésta en dos fases, la de la entrega provisional de los bienes a los herederos presuntivos del ausente, y la de la entrega definitiva.

El primer período, o sea, la curaduría provisional, se inicia cuando una persona desaparece de su domicilio o residencia, sin tenerse noticias de la misma y sin dejar procurador que, legalmente, administre sus bienes, nombrándose en tal caso, a instancia de parte interesada, un curador, por el Juez del domicilio del ausente, lo que no obsta a las providencias conservatorias que se consideren indispensables en cualquier otra parte donde el ausente tenga bienes. Pueden pedir el nombramiento de curador el Ministerio público y todos los que tengan interés en la conservación de los bienes del ausente, cuya petición se ha de deducir ante el Juez del último domicilio del ausente; a falta de domicilio, ante el de la última residencia, y cuando se ignore ésta, ante el del lugar donde estén la totalidad o la mayor parte de los bienes. El nombramiento de curador se hace por sentencia, que debe ser publicada por edictos, y aunque el art. 57 del Código dice que tienen preferencia para este cargo los herederos presuntos y, en su defecto, los que mayor interés tengan en la conservación de los bienes del ausente, ha sido modificado por el Código de Procedimiento civil, que ordena al Juez elegir, para dicho cargo, al más *idóneo*; verificado el nombramiento de curador, debe hacer inventario de los bienes y prestar caución suficiente, según la importancia de los muebles y el rendimiento líquido de un año de los inmuebles; si no prestase fianza, puede ser sustituido por otro que tenga bienes suficientes. Sólo puede ejercitar actos de mera administración, estando obligado a usar de toda la diligencia de que es capaz, y rendir cuentas anualmente, y si no lo hace y no cumple las obligaciones de su cargo, puede ser removido; su remuneración es el 5 por 100 de las cantidades cobradas por él personalmente, pero no de lo que produzcan los valores depositados en la Caja general de Depósitos, en la que se depositan los valores mobiliarios que útilmente se puedan conservar, cuando el curador nombrado no preste la caución. Finalmente, la curaduría provisional termina: 1.º, por la vuelta del ausente o por la certeza de su existencia; 2.º, por la comparecencia de procurador bastante, o de persona que legalmente represente al ausente; 3.º, por la certeza de su muerte; 4.º, por la instalación de la curaduría definitiva. En el primer caso, el regreso del ausente ha de ser al mismo lugar donde la curaduría fué es-

tablecida, recobrando todos sus bienes y rendimientos, deducidos los gastos legales, y si es por la prueba de su existencia, no pone esta causa, por sí sola, fin a la curaduría, sino que se notifica la existencia del procedimiento al ausente, y si no dispone por sí o por mandatario, la curaduría continúa. En todos los casos citados, los actos de administración practicados por curador provisional, producen todos los efectos legales contra el ausente o sus herederos y representantes, y sólo pueden pedir cuentas al curador del tiempo que no las haya prestado a la justicia, pues las rendidas a ésta, y aprobadas por la misma, surten efecto de cosa juzgada contra el ausente o sus representantes.

La curaduría definitiva la regula el Código portugués conforme al estado del ausente, distinguiendo los siguientes casos: ausente soltero; ausente casado sin hijos; ausente con hijos; y ausente casado cuyo cónyuge también se ausentó dejando hijos, preceptos que también son aplicables al viudo o divorciado sin hijos.

Transcurridos cuatro años después del día en que desapareció el ausente sin tenerse noticias de él, o desde la fecha de las mismas, pueden sus presuntos herederos legítimos o testamentarios, justificada la ausencia con asistencia del Ministerio público, pedir la entrega de los bienes del mismo ausente, excepto cuando hubiese dejado procurador bastante, en cuyo caso no puede pedirse la entrega hasta el transcurso de diez años; pero en este supuesto de existir apoderado, pueden los herederos presuntos, con posible derecho a curaduría definitiva, pedir, cuando hayan transcurrido tres años de ausencia, que el apoderado preste fianza suficiente, si ocurre justo recelo de insolvencia, y si no quiere o no puede prestarla, se consideran caducados los poderes, cesando la administración exclusiva, salvo que el administrador fuere el cónyuge presente, pues éste no tiene que prestar caución. La curaduría definitiva se declara por sentencia, pero antes de dictarse se abre el testamento cerrado que hubiese dejado el ausente para deferir por él la curaduría; y se notifica la existencia del procedimiento al ausente mismo por edictos publicados, con anticipación de seis meses, en la hoja oficial, en la gaceta del respectivo Tribunal, y en las puertas de la iglesia parroquial del lugar de su último domicilio, y una vez

dictada dicha sentencia, no puede ejecutarse sin que transcurran cuatro meses después de publicada por edictos y anuncios, continuando, mientras no transcurre este plazo, la curaduría provisional, si ya existía, o se entregan los bienes a la administración de un depositario. Deferida la curaduría definitiva, los legatarios y los que por muerte del ausente tendrían derecho fundado a alguna parte de sus bienes, pueden pedir que les sea entregada.

Los bienes se entregan a los herederos y demás interesados, previa formación de inventario y prestación de fianza, y si no prestan ésta, continúa la administración provisional durante el tiempo en que dicha fianza es necesaria, pero pueden pedir, si justifican falta de medios, que se les adjudique la mitad de los rendimientos que recibirían si la hubiesen prestado. En este período, los herederos sólo poseen en concepto de administradores, sin atribuírseles propiedad alguna, y de aquí la exigencia del inventario y fianza, debiendo ser ésta suficiente para cubrir el valor de los muebles que se entreguen a los interesados, y a los rendimientos de los muebles e inmuebles que no hacen suyos. Previo el cumplimiento de estos requisitos, pueden exigir la entrega de todos los bienes y ejercer todos los derechos que pertenecían al ausente hasta el día en que desapareció, o hasta la fecha de la emisión de sus últimas noticias; los frutos que existieren de la anterior administración, se entregan a los curadores definitivos, y si aquéllos son anteriores a la instalación de ésta, deben ser entregados como capital, que habrá de ser restituído al ausente si regresa; no pueden adquirir por prescripción los bienes que se les entreguen; no están obligados a rendir cuentas de su administración, excepto al ausente o a sus herederos, si otros se habilitaren. Sus facultades son sólo de administración, y por esto se les prohíbe enajenar, salvo cuando de otro modo no se pueda solventar cualquier deuda del ausente, evitar el deterioro o ruina de alguna propiedad, costear las mejoras necesarias o útiles o acudir a otra urgente necesidad, en cuyos casos se hace la enajenación con autorización judicial y en pública subasta, con asistencia del Ministerio público; tampoco pueden transigir sin autorización judicial, ni repudiar herencia a que el ausente tuviese derecho adquirido antes de su desaparición o de la fecha de sus últimas noticias, debien-

do aceptarla a beneficio de inventario. Su remuneración es la cuarta parte de los rendimientos de los bienes, si el ausente u otros herederos aparecen dentro de diez años, contados desde la desaparición o la fecha de las últimas noticias; si aparecen dentro del plazo de diez o veinte años, hacen suya la mitad, y pasados los veinte años, la totalidad de los rendimientos.

Cesa este período: por el regreso del ausente; por noticia de su existencia; por la certeza de su muerte; por el transcurso de veinte años, y cuando el ausente cumple noventa y cinco de edad.

Si el ausente es casado, sin hijos, declarada la curaduría definitiva, se practica el inventario y partición, o la separación de bienes, conforme a la naturaleza del contrato de matrimonio, conservando el cónyuge presente la administración de todo el caudal por espacio de veinte años, o por los que faltan para que el ausente cumpla los noventa y cinco de edad; el consorte presente puede disponer libremente de sus bienes, teniendo en los del ausente los mismos derechos y obligaciones que los curadores definitivos, pero perteneciéndole todos los frutos y rendimientos; si el ausente regresa antes de los veinte años de ausencia, continúa la sociedad conyugal en los términos en que hubiese sido constituida, y si el regreso es después de dicho plazo, no se restablece la comunidad de bienes, salvo que de nuevo se estipule en escritura pública. No se disuelve el matrimonio por el solo hecho de la ausencia, pero puede ser motivo para el divorcio si es clasificada como abandono completo del domicilio conyugal, y se demuestra la voluntariedad de la desaparición y el intencional desamparo de la mujer o del marido, o sea, cuando hay culpabilidad.

Si el cónyuge ausente hubiese dejado hijos, se procede también al inventario y partición, pero los correspondientes a la parte del ausente se subdividen entre los hijos, los cuales los administran como suyos si son mayores de edad o emancipados, aunque sin poder enajenarlos hasta que no pasen diez años, contados desde el día de la desaparición o la fecha de las últimas noticias, excepto los sujetos a perecer o deteriorarse y los de costosa conservación, los que pueden ser enajenados con autorización judicial. Si el ausente regresa

pasados los citados diez años, sólo recupera los bienes que existan aún en poder de sus hijos y los sustituidos o comprados con el precio de los enajenados.

Este segundo período tiene una segunda fase, determinada por el transcurso de veinte años o por cumplir el ausente noventa y cinco de edad. El procedimiento es distinto para cada uno de estos casos: si es por el transcurso de veinte años, es necesario que se cite al ausente nuevamente por edictos y anuncios de seis meses, y sólo cuando no comparece es cuando se declara suprimida la curaduría definitiva; si es por haber cumplido los noventa y cinco años, basta que cualquier interesado presente en el proceso de curaduría la respectiva certificación de nacimiento para que, sin más formalidades, se declare terminada la curaduría. En ambos casos se abre la sucesión, quedando los herederos y demás interesados libres de la caución que hubieren prestado, pudiendo disponer de los bienes como suyos. Si después de veinte años de ausencia, o de haber cumplido noventa y cinco de edad, el ausente aparece, o aparecen ascendientes o descendientes suyos, él o ellos harán suyos los bienes existentes en el estado en que se encuentren, los subrogados en su lugar, o el precio que los herederos y demás interesados hubieren recibido por los enajenados después de aquel tiempo, cuyo derecho prescribe transcurridos diez años desde el término de la curaduría definitiva; si aparecen otros herederos distintos de los mencionados, sólo pueden exigir los bienes del ausente si no han transcurrido veinte años de ausencia.

Rusia.

El Código civil ruso, denominado Código civil de la República socialista federativa de los Soviets de Rusia, que empezó a regir el 1.º de Enero de 1923, dedica sólo a la ausencia preceptos aislados, pues todas las reglas concernientes a la constatación legal de la misma y del fallecimiento se hallan expuestas en una ley especial, que constituye el Apéndice I de dicho Código.

Este Cuerpo legal considera a la ausencia como un modo

de extinción de la capacidad jurídica de la persona física, y dispone, en su art 12, que una persona ausente, de quien se carezca de noticias, puede ser declarada fallecida si, a partir del día en que la comprobación de su ausencia se ha hecho pública, han transcurrido cinco años. La inscripción de la persona en las actas del estado civil como fallecida tiene lugar en virtud de una decisión judicial, y este es el momento en que la decisión adquiere fuerza de cosa juzgada que fija la fecha del fallecimiento. De modo que la declaración de fallecimiento se hace por sentencia, en la que se fija la fecha del mismo, y ha de ser inscrita en el Registro del estado civil.

La apertura de la sucesión tiene lugar al cabo de dos años de ausencia sin noticias, siempre que haya habido antes una declaración judicial de ausencia, dándose cuenta de la apertura de la sucesión al Tribunal obrero.

Si la persona judicialmente fallecida se presentase—independientemente del plazo en que se presente—, puede reclamar por vía judicial el patrimonio que le perteneciese; pero la reclamación sólo puede hacerse contra los familiares a quienes dicho patrimonio hubiese pasado, y también contra los terceros a quienes aquéllos les hubiesen transmitido. La reintegración del patrimonio al declarado judicialmente fallecido, sólo procede si los terceros adquirentes sabían que dicho patrimonio perteneció a una persona en tales condiciones.

Por último, si un ausente es llamado a una sucesión, su aceptación no se presume, sino que se considera renunciante si no manifiesta, personalmente o por mandatario, su voluntad acceptatoria en el plazo de seis meses.

Estas son las únicas disposiciones que el Código civil ruso contiene respecto a la ausencia, que se completan con las siguientes del Código de la familia: La declaración judicial de fallecimiento de una persona es comunicada, por el Tribunal que hace dicha declaración, al órgano encargado del registro de los actos del estado civil del nacimiento de dicha persona, y si no fuese conocido, al del último domicilio del declarado muerto. La inscripción se practica inmediatamente de recibirse el aviso del Tribunal, debiendo hacerse constar en aquélla que se realiza en virtud de un juicio de declaración de falle-

cimiento, con indicación del nombre del Tribunal, número de la decisión y día que ha sido emitida, cuyas reglas se aplican también a las inscripciones de declaración de ausencia, en el registro de inscripción de ausentes.

Tanto la declaración de ausencia como la de muerte producen el efecto de disolver el matrimonio, y puede establecerse la tutela sobre los ausentes y fallecidos, en la forma establecida por la ley.

Austria.

El Código civil austriaco, a diferencia de lo realizado por los latinos, no dedica a la ausencia ningún capítulo especial, sino que los preceptos que, referentes a ella, comprende, están diseminados en diferentes artículos y capítulos del mismo. Del estudio de este Código se deduce que comprende dos períodos en la reglamentación de la ausencia: uno de simple ausencia, y el otro de presunción de muerte, distinguiendo, al ocuparse de ésta, entre ausentes y desaparecidos. Veamos las disposiciones que establece para las situaciones dichas.

Cuando una persona se ausenta, desconociéndose su paradero, se le pone, a instancia de parte, bajo la protección especial de las leyes, como dice el art. 21, protección que consiste en proveerlas de un representante legítimo, o sea, en el nombramiento de un curador que atienda al cuidado y administración de los bienes de aquella. Dicho curador tiene los mismos derechos y obligaciones de los tutores, o sea, formar inventario de los bienes que reciba, administrarlos debidamente, prestar fianza, rendir anualmente cuentas de su gestión y una definitiva a la terminación de la curaduría, y tiene derecho a la remuneración que el Juez le conceda, que no puede exceder del 5 por 100 de la renta líquida que produzcan los bienes que administre. Si la ausencia dura más de un año, ignorándose el paradero del ausente, y éste tiene hijos menores, queda en suspenso la patria potestad, y para la prole se nombra un tutor.

La muerte del ausente se presume en las siguientes circunstancias:

1.º Cuando haya transcurrido desde su nacimiento un período de ochenta años, y haga diez años que se ignore el lugar de su residencia.

2.º Cuando, sin consideración al tiempo transcurrido desde su nacimiento, no haya noticias de él durante treinta años cumplidos.

3.º Cuando, habiendo sido herido gravemente en la guerra, o habiéndose encontrado a bordo de un buque al tiempo de un naufragio, o en cualquier otro peligro inminente de muerte, falte durante tres años, a contar desde aquella época.

En todos estos casos puede solicitarse y decretarse la declaración de muerte a instancia de parte, y recibida ésta, nombra ante todo el Juez un curador para el ausente y se cita por edictos para que comparezca en el término de un año; si no comparece, o no da a conocer de cualquier otro modo su existencia dentro de dicho plazo, se procede a la declaración de muerte, en la que se considera como día de la muerte del ausente el en que se haga judicialmente su declaración correspondiente.

Los efectos que dicha declaración produce son: la apertura de la sucesión y la adjudicación de los bienes a los herederos, con la particularidad de que si, con posterioridad, se prueba que el ausente ha muerto antes o después de la citada declaración, o de que aún esté vivo, los que tomaron posesión de los bienes se consideran como poseedores de buena fe. No produce, por sí sola, la disolución del matrimonio; pero, si a la ausencia se uniesen tales circunstancias que hubiese algún fundamento para creer que haya ocurrido la muerte del ausente, puede solicitarse que sea declarado judicialmente muerto y disuelto el matrimonio, demanda que se ajusta a los trámites siguientes: Se nombra un curador para defender al ausente, y se le cita por edictos, insertándolos por tres veces en los periódicos, y, si se conceptúa prudente o necesario, también en el Extranjero, para que comparezca en el término de un año; transcurrido este plazo sin comparecer el ausente ni dar noticias de su existencia, por renovación de instancia del cónyuge abandonado, se nombra al Fiscal, o a otra persona inteligente y proba, para la defensa del matrimonio, y terminado el procedimiento, se dicta resolución accediendo o

no a la demanda, pero en el primer caso no se notifica aquélla inmediatamente a la parte, sino que, previamente, se somete a la decisión suprema del Tribunal Superior. Declarado disuelto el matrimonio, se anota la resolución judicial pertinente en el registro del punto donde aquél estuviere inscrito.

Finalmente, para los cristianos no católicos se permite en el art. 115 la disolución del matrimonio por varias causas, y entre ellas por la siguiente: que un cónyuge haya abandonado maliciosamente al otro, y que no siendo conocida su residencia, no haya comparecido dentro de un año después de la citación judicial pública.

Inglaterra.

Es sabido que en Inglaterra no está el Derecho civil codificado, sino contenido en diversas leyes, cuya multiplicidad es tal, que hace muy difícil el estudio de esta legislación. Además, existen instituciones sobre las que la ley guarda un silencio absoluto; pero esta dificultad, esta carencia de disposición legal, es suplida por los Tribunales, dado que la Administración de Justicia inglesa no sólo aplica e interpreta la ley, sino que cuando tiene que resolver un caso para el que no existe un precepto aplicable, crea la norma de derecho. De aquí que para el estudio del Derecho civil de Inglaterra, sea preciso tener en cuenta las diferentes leyes dictadas sobre el mismo, y la jurisprudencia.

La ausencia, como institución jurídica, no está regulada en la legislación inglesa, y la jurisprudencia ha suplido el silencio de la ley estableciendo la siguiente doctrina:

Cuando una persona se ausenta de su domicilio sin que en siete años se tengan, directa ni indirectamente, noticias suyas, se presume que ha muerto, haciéndose, a instancia de parte, esta declaración. Declarada la presunción de muerte, pueden reclamar los herederos del ausente la posesión y disfrute de los bienes de éste, la que les es entregada, previa prestación de caución suficiente para garantizar su devolución, en el caso de que el ausente vuelva dentro de un determinado plazo. Para regular los derechos sucesorios, es preciso

investigar el momento probable en que se supone que puede haber muerto el ausente, y si no se puede fijar este momento, se presume que la muerte acació al terminar el período de los siete años.

A los herederos sólo se les entrega la posesión de los bienes, considerándoles como administradores o depositarios, sin poder ejercer sobre los mismos ningún acto dispositivo; a medida que el tiempo transcurre, les concede más facultades la jurisprudencia inglesa, la que tiene establecido que, pasados trece años, pueden los herederos disponer de los bienes muebles, y transcurridos diecinueve, también de los inmuebles.

Por último, si el ausente vuelve, tiene derecho a reclamar de sus herederos los bienes, con todos sus frutos y rentas, y, en determinados casos, indemnización de daños y perjuicios; pero todos estos derechos los pierde por prescripción, el citado ausente, al cabo de cuarenta años.

Bélgica.

El Código civil belga dedica el tít. IV del lib. I a la ausencia, y lo distribuye en cuatro capítulos, que, respectivamente, tratan: «De la presunción de ausencia», «De la declaración de ausencia», «De los efectos de la ausencia» y «De la vigilancia de los menores cuyo padre haya desaparecido». Veamos sus disposiciones.

Cuando una persona está ausente, sin tener apoderado en forma, y hubiere necesidad de proveer a la administración de todos o parte de sus bienes, a instancia de parte interesada determinará el Tribunal lo que estime procedente, previa audiencia del Ministerio público, nombrándose también un Notario que represente al presunto ausente en los inventarios, cuentas, particiones y liquidaciones en que pueda estar interesado.

Este período, como se ve, es análogo al de las medidas provisionales del Código español.

La declaración de ausencia tiene lugar cuando el ausente desapareció de su domicilio sin dejar apoderado, y se carece

de noticias del mismo durante cuatro años, y si dejó apoderado, han de transcurrir diez años desde la desaparición o últimas noticias, aplicándose también este plazo a la cesación de efectos del poder, en cuyo caso se provee a la administración de los bienes del ausente, en la forma antes expuesta.

Esta declaración se hace a instancia de parte interesada, y se practica una información, con audiencia del Ministerio público, en el distrito a que el domicilio pertenezca y en el de la residencia, si son distintos el uno del otro; la sentencia no se dicta hasta un año después del fallo en que se ordena la información.

Declarada la ausencia, los herederos presuntos en el día de la desaparición o de las últimas noticias, obtienen la posesión provisional de los bienes que pertenecieran al ausente en el día de su marcha o en el de sus últimas noticias, previa prestación de fianza bastante para la seguridad de su administración; el esposo que gozare de la comunidad de bienes puede impedir esta posesión provisional, optando por la continuación de la comunidad. Si no hay esta opción, o el ausente es soltero, se confiere la posesión provisional, que tiene el carácter de depósito, y por ella se otorga a los poseedores la administración de los bienes del ausente, al que deben rendir cuentas, si reaparece, o se reciben noticias suyas.

Además de la fianza, deben los poseedores proceder al inventario del mobiliario y de los títulos del ausente, y pueden solicitar, para su seguridad, que se proceda por un perito, nombrado por el Tribunal, a examinar y hacer constar el estado de los inmuebles, deduciéndose los gastos de los bienes de dicho ausente.

Por su carácter de depositarios, no pueden los poseedores provisionales enajenar ni hipotecar los bienes inmuebles. Si hay testamento, se procede a su apertura; los legatarios, los donatarios y todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos subordinados a la condición de su muerte, pueden ejercitarlos provisionalmente, siempre que presten fianza. Pero hay que tener en cuenta que, según el art. 134, una vez declarada judicialmente la ausencia, todo el que tenga derechos que ejercitar contra el ausente, no puede repetir más que contra las personas que estén en posesión de los bienes, o tengan su administración legal.

Este sistema es muy análogo al francés, y, al igual que en éste, si reaparece el ausente, no deben entregarle los poseedores más que la quinta parte de las rentas, si regresa aquél antes de los quince años siguientes al día de su desaparición, y la décima, si su regreso se realiza después de los quince años. Pasados treinta años de ausencia, pertenece a los poseedores la totalidad de la renta.

La ausencia no es causa bastante para la disolución del matrimonio, pero el cónyuge ausente no puede combatir el nuevo matrimonio contraído por el presente, sin que sus apoderados presenten la prueba de su existencia. Si no hubiere dejado parientes aptos para sucederle, puede el cónyuge presente solicitar la posesión provisional de los bienes.

Respecto a los hijos, produce los efectos siguientes: Si el desaparecido es el padre y ha dejado hijos menores legítimos, la madre queda al cuidado de los mismos, ejerciendo todos los derechos correspondientes al marido relativos a la educación de aquéllos y administración de sus bienes. Seis meses después de la desaparición del padre, o si la madre hubiese fallecido al tiempo de esta desaparición, o si muriese antes que se declarase la ausencia del padre, se confiere el cuidado de los hijos por el Consejo de familia a los ascendientes más próximos, o, en su defecto, a un tutor provisional, sucediendo lo mismo en el caso de que el esposo ausente haya dejado hijos de matrimonio contraído anteriormente.

La posesión provisional cesa si el ausente regresa, o si se prueba su existencia, y también por la inauguración del último período, que pasamos a exponer.

Si, otorgada la posesión provisional, pasaren treinta años y la ausencia continuara, o si han transcurrido cien años desde la fecha del nacimiento del ausente, se decreta, a instancia de parte, la posesión definitiva, y, hecho, se cancelan las fianzas prestadas, y los bienes se adjudican en pleno dominio a los herederos, los que pueden disponer de ellos libremente y sin limitaciones, puesto que se abre la sucesión como si hubiese muerto. Si, después de otorgada la posesión definitiva, el ausente regresa o se prueba su existencia, recobra sus bienes en el estado en que se encuentren, el precio de los que se hubiesen vendido, o los nuevos bienes que procedan

del empleo que se hubiese hecho del importe de las ventas realizadas.

Los hijos y descendientes directos del ausente pueden, durante los treinta años siguientes a la declaración de posesión definitiva, pedir la restitución de sus bienes, la que se efectúa con arreglo a las mismas normas que si el ausente reaparece.

Por último, y para terminar el estudio de esta legislación, consigna en lo relativo a los derechos eventuales del ausente, en los arts. 135 al 138, las mismas reglas, substancialmente, que los 195 al 198 del Código español, pero con la particularidad de que para reclamar un derecho perteneciente a un individuo cuya existencia se desconozca, se debe probar que aquél existía al nacer la acción o derecho reclamado, *y mientras esta prueba no se verifique, no se admite la demanda.* En todo lo demás, son, en esencia, idénticos e inspirados en los mismos principios.

Holanda.

El tít. XIX del lib. I del Código civil holandés está destinado al estudio de la ausencia, y se halla dividido en cinco secciones que, respectivamente, se ocupan: «De las medidas provisionales», «De la presunción de muerte», «De las facultades y obligaciones de los presuntos herederos y otros interesados, después de declarada la presunción de fallecimiento», «De los derechos adquiridos por un ausente cuya existencia es dudosa» y «De los efectos de la ausencia en cuanto al matrimonio y a los hijos».

Las medidas provisionales se adoptan cuando una persona ha desaparecido de su domicilio sin dejar apoderado que administre sus bienes, o cuando caduque el poder conferido, reduciéndose aquéllas al nombramiento de un administrador que cuide de la fortuna y bienes abandonados, debiendo inventariar éstos, y rendir anualmente cuentas de su gestión al Fiscal del Tribunal por quien fué nombrado, cuya aprobación no obstará a los derechos del ausente ni de los terceros. Tiene derecho, como retribución, al dos y medio por ciento

de los ingresos, y al uno y medio por ciento de los gastos.

La legislación civil holandesa no conoce la declaración de ausencia, y sí sólo la de presunción de muerte, la que se puede hacer, independientemente de que se hayan adoptado o no las medidas provisionales; y la establece disponiendo lo siguiente: Transcurridos cinco años de la desaparición de una persona de su domicilio, o desde las últimas noticias que de ella se tuvieren, sin dejar apoderado que administre sus bienes, o diez años en el caso de existir apoderado, a instancia de parte interesada, se declara la presunción de su muerte. El plazo de diez años rige, aunque el poder conferido por el ausente se contraiga a un plazo menor, adoptándose, en este caso, las medidas provisionales antes dichas hasta el decorso de los referidos diez años.

Esta declaración se hace a instancia de los que tengan interés en ella, y presentada, acuerda el Tribunal el emplazamiento o citación del ausente en los periódicos que designe, en la puerta del Tribunal y en la Casa Consistorial del punto donde tuvo su domicilio el ausente, por tres veces, y si no se presenta, oído el Ministerio público, se declara la presunción de muerte, fijándose como fecha de ésta el día de la desaparición o el en que se tuvieron las últimas noticias. La sentencia se publica también en los mismos periódicos que las citaciones.

La ley de 9 de Julio de 1884 regula los casos de desaparición, disponiendo que el plazo de cinco o diez años, exigido para la declaración de presunción de muerte, se reduce a tres cuando el ausente formaba parte de la dotación de un buque o de sus pasajeros, y del que no ha vuelto a saberse durante este tiempo, contándose los tres años desde que se recibieron las últimas noticias acerca del buque, o, en su defecto, desde la fecha en que emprendió su navegación. Si la desaparición tuvo lugar con ocasión de un siniestro marítimo, el plazo se reduce a un año contado desde la fecha en que se presume que ocurrió el siniestro.

Los efectos que produce la presunción de muerte son análogos a los de la declaración de ausencia en Bélgica, o sea: se entregan los bienes a los presuntos herederos en administración, previa prestación de fianza, aprobada judicialmente, y si no se presta por los herederos, se provee a la administra-

ción en un tercero; se forma inventario de los bienes, con facultad para proceder a la partición provisional de los mismos, pero sin poderse vender los inmuebles, y pudiendo exigir que éstos sean examinados por peritos y hagan constar en qué estado se hallan; el cónyuge del ausente, casado bajo el régimen de la comunidad de bienes, puede optar por ella impidiendo la toma de posesión provisional a los herederos presuntos y aplazando el ejercicio de toda acción subordinada a la condición de fallecimiento. Los poseedores tienen derecho a disfrutar las rentas de los bienes, con obligación de restituir al ausente la mitad, cuando se presente o se compruebe su existencia, antes de transcurrir quince años desde la presunción de muerte, y la cuarta parte, antes de pasados treinta años; pero si los bienes tienen poco valor, puede el Tribunal ordenar la restitución de otra manera, y, también, que la indicada devolución no se verifique.

Cesa este estado de posesión provisional cuando reaparece el ausente o se comprueba su existencia; si estos hechos se producen antes del curso de treinta años desde la sentencia de presunción de fallecimiento, recobra sus bienes en el estado que se hallen y el precio de los enajenados o los adquiridos con él, además de la parte alícuota de la renta antes dicha.

La posesión definitiva se concede cuando han transcurrido treinta años desde la declaración de presunción de muerte del ausente, o cien años desde su nacimiento. Los herederos se consideran en este caso como propietarios de los bienes, se cancelan las fianzas y se abre la sucesión por las reglas generales.

Los derechos eventuales del ausente los regula de modo análogo al Código español, y en cuanto al matrimonio y a los hijos produce los siguientes efectos: la presunción de muerte no disuelve por sí el matrimonio, ni pueden contraerse nuevas nupcias por el cónyuge presente sin autorización judicial, que no puede solicitarse hasta pasados diez años de la desaparición sin noticias; esta solicitud se tramita por las reglas de procedimiento de la presunción de muerte, y, aunque se otorgue la autorización, se tiene por no concedida si el esposo ausente se presenta, o si hay pruebas suficientes de que existe antes de la celebración del matrimonio. Pero si ya lo ha con-

traído, no se revoca, y el esposo ausente también puede contraerlo. Si el padre desaparecido deja hijos menores, se confiere su educación y la administración de sus bienes a la madre, y si ésta no existe, se provee a la tutela de los mismos.

China.

En China no existe una compilación civil al estilo europeo, sino que sus disposiciones han sido ordenadas en leyes diferentes, formando cada una de ellas un libro del Código civil. La ley promulgada el 23 de Mayo de 1929, que entró en vigor el 10 de Octubre siguiente, lleva por título «Ley de los principios generales del Código civil»; integra el lib. I de éste, y en el cap. II, al estudiar las personas naturales, se ocupa de la ausencia en los arts. 8.º, 9.º, 10 y 11, distinguiendo los ausentes de los desaparecidos, y reglamentándola en los términos siguientes:

Antes de la declaración consiguiente a los estados de ausencia o de desaparición, y para evitar que los bienes queden abandonados desde la fecha de la desaparición, hasta que se declara el fallecimiento, ordena el art. 10 que la administración de dichos bienes en el citado período es regulada de conformidad a las disposiciones de la jurisdicción graciosa, o sea, con las instituciones supletorias adecuadas para evitar la pérdida o deterioro de los referidos bienes.

Cuando una persona ha desaparecido de su domicilio o residencia, y se carecen de noticias de la misma durante más de diez años, contados desde la desaparición, puede el Tribunal, a requerimiento de todo interesado, declarar el fallecimiento del ausente; pero si éste ha cumplido setenta años de edad, puede declararse la defunción cuando han transcurrido cinco años de ausencia. El declarado fallecido se presume que ha muerto en el momento fijado en la sentencia, cuyo momento, salvo prueba en contrario, es el de la expiración del último día de los diez o cinco años antes dichos.

Si la desaparición tiene lugar con ocasión de un peligro de muerte, el fallecimiento puede ser declarado al transcurso de los tres años de ocurrir dicha desaparición, presumiéndose

también que el momento de la muerte es el de la expiración del último día de los tres años fijados.

Sigue el Código civil chino los principios cardinales de las más progresivas legislaciones, como la alemana y la suiza, distinguiendo entre la ausencia y la desaparición, fijando plazos distintos para una y otra, y haciendo una declaración de fallecimiento que lleva implícita la apertura de la sucesión del declarado tal, como si realmente hubiese muerto, y la disolución de su matrimonio, que es consecuencia lógica de dicha declaración, evitándose con estos efectos la inmovilización y estancamiento de la propiedad privada, pues en el desarrollo y prosperidad de ésta se funda la prosperidad y bienestar de la sociedad en general.

El art. 10 de dicho Código, de un modo análogo al 33 del español, dispone que cuando varias personas han perccido en un riesgo o peligro común, y es imposible probar cuál ha muerto primero, se presume que han fallecido simultáneamente.

Por último, y para terminar el estudio de esta legislación, prescribe el art. 3.º de la ley de 24 de Septiembre de 1929, que ordenó la entrada en vigor del lib. I del Código civil, para el 10 de Octubre siguiente, que los plazos fijados para la declaración de fallecimiento de los ausentes y desaparecidos, y para el momento que se presume ocurrida la muerte, son aplicables a los desaparecidos antes de entrar en vigor el citado libro; y si dichos plazos habían transcurrido antes de dicha entrada en vigor, se puede hacer inmediatamente la declaración de fallecimiento, y el momento de la defunción se fija el día de la citada entrada en vigor del lib. I antes dicho.

CAPITULO IV

Reglamentación de la ausencia en la legislación com-
parada (América).

Siguiendo el plan que nos hemos trazado, y estudiadas en el capítulo anterior las principales legislaciones europeas, veamos en el presente cómo está definida y reglamentada la institución civil de la ausencia en las legislaciones americanas, consignando de ellas, solamente, las más importantes por su orientación científica o por las novedades o innovaciones que encierran, relacionadas con nuestro Código civil.

República de Panamá.

El Código civil de Panamá dedica el cap. IV del tít. I del lib. I a la reglamentación de la ausencia, dividido en cinco secciones que tratan, respectivamente, de las «Medidas provisionales en caso de ausencia», «De la declaración de ausencia», «De la administración de los bienes del ausente», «De la presunción de muerte del ausente» y «De los efectos de la ausencia relativamente a los derechos eventuales del ausente», comprendiendo los arts. 47 a 63 inclusivos, los cuales son copia casi literal de los 181 a 197 del Código español, por lo que nos limitaremos solamente a exponer las diferencias que hay entre uno y otro Código.

Las medidas provisionales en caso de ausencia se reducen al nombramiento de un curador, el cual es también el tutor de los hijos menores del ausente, si los tiene; y, si bien la ausencia lleva consigo la incertidumbre sobre la existencia de

la persona ausente, no lleva hasta la exageración este principio, pues establece en su art. 308, análogo al 1.911 del Código civil alemán, que siempre que sea necesario atender a la administración de alguno, algunos o todos los negocios de una persona que, por cualquier motivo, se halle accidentalmente imposibilitada de hacer valer sus derechos por sí o por medio de su apoderado, o de su representante legal, se nombrará, a solicitud de parte interesada, o del Ministerio público, un curador especial para el negocio o negocios de que se trate, cuyo curador especial, si es para negocios judiciales, no está obligado a dar garantía.

No admite la ausencia como causa de divorcio, pero sí lo son la separación de hecho por más de cuatro años, y el abandono absoluto por parte del marido de sus deberes de esposo o de padre, y por parte de la mujer de sus deberes de esposa o de madre. La administración de la sociedad de gananciales se transfiere a la mujer, según el art. 1.213, cuando pida la declaración de ausencia del marido.

La administración de los bienes del ausente cesa en los mismos casos regulados por el art. 190 del Código español, estando obligado el curador a rendir cuentas de su manejo, y a la devolución de los frutos naturales y civiles.

Por último, para la declaración de presunción de muerte basta el transcurso de quince años desde la desaparición del ausente o la recepción de sus últimas noticias, abriéndose su sucesión y dando la propiedad de los bienes a los adquirentes de los mismos a título *mortis causa*; pero este título no es definitivo hasta que la prescripción lo consolide, o de algún modo fehaciente se establezca la muerte efectiva del causante. Sin embargo, el causahabiente tiene sobre sus bienes todos los derechos inherentes al propietario, y en el supuesto de la reversión, no está obligado a rendir cuentas ni a devolver los frutos que haya percibido.

En todo lo demás, referente a los tres períodos de ausencia, al transcurso de los plazos necesarios para la instauración de cada uno, y a sus respectivos efectos, se rigen por disposiciones idénticas al Código civil español, por lo que no nos detenemos en exponerlas.

República Argentina.

El Código civil argentino está inspirado en el Derecho germánico, y distingue dos períodos en la declaración de ausencia: el de la posesión provisional y el de la posesión definitiva. No regula el período anterior a la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; pero en este período precursor, dice SALVAT, se puede nombrar un curador para la mera custodia y conservación de los bienes del ausente, igual que regula el Código alemán, y equivalente a la administración provisional de los derechos francés y español.

Regula la ausencia en el tit. VIII del lib. I, y se caracteriza por dos ideas esenciales: 1.º, por la incertidumbre acerca de la existencia del ausente, puesto que nadie puede afirmar si está vivo o muerto, y 2.º, por la presunción de su fallecimiento, que constituye una presunción legal. Regula la distinción entre ausentes y desaparecidos, denominada por SALVAT ausencia en casos ordinarios o extraordinarios. Los primeros, los determina el art. 110, disponiendo que la ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no dejado representante, sin que de ella se tenga noticia por el término de seis años, causa la presunción de su fallecimiento. El plazo de seis años se cuenta desde el día de la ausencia, si nunca se tuvo noticias del ausente, y en el caso de haberse recibido, desde la fecha de la última noticia que se tuvo de él, esto es, desde la fecha de emisión de las noticias y no desde la de su recepción.

La desaparición, o ausencia en casos extraordinarios, está prevista en el art. 112, que preceptúa lo siguiente: Causa también presunción de fallecimiento la desaparición de cualquiera persona domiciliada o residente en la República, que hubiese sido gravemente herida en un conflicto de guerra, o que naufragase en un buque perdido o reputado por tal, o que se hallase en el lugar de un incendio, terremoto u otro suceso semejante, en que hubiesen muerto varias personas, sin que de ella se tenga noticia por tres años consecutivos. Este plazo se cuenta desde el día del suceso, si fuese conocido, o

desde un término medio entre el principio y el fin de la época en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido. Distingue, por consiguiente, los mismos casos de desaparición que el Código civil alemán, o sea, en la guerra, en el mar o en otro peligro; pero así como éste señala plazos distintos para cada uno de dichos casos, el argentino no distingue, y señala un término único de tres años para todos los casos.

Tanto en la ausencia como en la desaparición, pueden pedir la declaración de ausencia, con presunción de fallecimiento, el cónyuge, los presuntos herederos legítimos o testamentarios, los legatarios, los que tengan derecho a bienes poseídos por el ausente o tengan algún derecho sobre aquéllos subordinado a la muerte de éste, el Ministerio fiscal y el Cónsul respectivo, si el ausente fuese extranjero; no pueden hacer dicha petición los acreedores del ausente, ni los socios o condóminos en sus bienes. Los que hagan esta petición deben justificar el tiempo de la ausencia, las diligencias que hubiesen practicado para saber la existencia del ausente, sin resultado positivo, el derecho a sucederle, y, en su caso, el suceso del naufragio, acción de guerra, terremoto, etc., en que el ausente se encontraba, así como la fecha de sus últimas noticias; deducida la citada petición, debe el Juez nombrar un defensor al ausente y un curador a sus bienes, si no hubiese dejado administrador, y citar a aquél por los periódicos cada mes por espacio de seis meses; transcurridos éstos, practicadas las pruebas presentadas, y oído el defensor, declara el Juez la ausencia fijando el día presuntivo del fallecimiento, y mandando abrir el testamento cerrado que hubiese dejado. Se fija como día presuntivo del fallecimiento el último día de los primeros tres años de ausencia, o del día en que se tuvo de él la última noticia; en los casos de desaparición, se fija el día que se toma como punto de partida para el cómputo de los tres años, en los términos expuestos en el párrafo anterior.

Hecha la citada declaración, se entregan los bienes del ausente en posesión provisora a sus presuntos herederos, previa prestación de fianza y formación de inventario, considerándose a los herederos, durante este periodo, no como propietarios, sino como simples administradores o depositarios, comprendiendo dicha posesión provisora: todos los bienes

que se encuentren en el patrimonio del ausente el día de su presunto fallecimiento; los derechos hereditarios correspondientes al mismo en una sucesión abierta antes del día de su citado fallecimiento presunto, pues si la sucesión fué abierta después de ese día, ni él ni sus herederos tendrían derecho alguno, salvo el caso de representación; y los frutos producidos por dichos bienes.

Los derechos y las obligaciones del que hubiese obtenido la posesión provisora, son los mismos que los del curador del incapaz de administrar sus bienes. Los herederos presuntivos o los instituidos, pueden hacer división provisora de los bienes, pero no pueden enajenarlos, sean muebles o raíces, sin autorización judicial.

Finalmente, cesa este período: por presentarse el ausente; por tenerse noticia cierta de él, y por entrarse en el segundo período, que inmediatamente expondremos. En los dos primeros casos tiene derecho el ausente a recobrar la posesión de sus bienes, debiendo los poseedores rendirle cuentas y responder de su mala administración, y aquél debe sufragar todos los gastos originados por su ausencia.

Segundo período. Pasados quince años desde la desaparición del ausente, o desde que se tuvo noticia cierta de su existencia, u ochenta desde su nacimiento, el Juez, a instancia de parte interesada, puede dar la posesión definitiva de los bienes a los herederos instituidos, si hubiera testamento, y, no habiéndolo, a los herederos presuntivos el día del presunto fallecimiento del ausente, a los legatarios y a todos los que tengan derechos subordinados a la condición de su muerte.

Por lo tanto, en este período se transmite a los herederos la propiedad de los bienes, cancelándose las fianzas otorgadas para obtener la posesión provisional, y se les reconoce, como tales propietarios, la facultad de enajenarlos, gravarlos, etc.

Termina este período por la vuelta del ausente o por adquirirse noticias ciertas de su existencia, gozando, en ambos casos, de una acción para pedir la entrega de sus bienes, acción que es imprescriptible, teniendo derecho, no sólo a que se le entreguen sus bienes en el estado en que se encuentren, sino también los que con el valor de ellos se hubiesen com-

prado; pero no puede exigir el valor de los consumidos, ni las rentas o intereses percibidos por los que hubiesen tenido la posesión definitiva.

Si el ausente hubiese dejado hijos legítimos cuya existencia se ignoraba, pueden pedir, y debe entregárseles, los bienes de aquél como en el caso de la aparición de éste; sucediendo igual si se presentan herederos instituidos en un testamento del que no se tenía conocimiento, y prueban la efectiva muerte del testador. Ambos casos se aplican a los dos períodos de ausencia, y las acciones concedidas a los hijos y a los herederos son prescriptibles.

Como crítica del sistema argentino, dice el ilustre civilista SALVAT que hay falta de lógica al reputar muerta a una persona y mantener al mismo tiempo, en cabeza de ella, la propiedad de los bienes que le pertenecían, oponiendo así la ley, frente a la presunción legal de muerte, la ficción de su vida, dos cosas que parecen inconciliables ante la razón y ante la realidad de los hechos; y que hubiera sido preferible, una vez declarado el fallecimiento presunto, abrir lisa y llanamente la sucesión, como en los casos de muerte real, con reserva de los derechos del presunto fallecido para recuperar sus bienes, porque la posesión provisional constituye una complicación del sistema, es fuente de toda clase de dificultades, y mantiene los bienes fuera de la circulación económica.

Chile.

El Código civil de Chile se ocupa de la ausencia, no como un todo orgánico, distribuyendo sus preceptos entre los títulos II y XXVII del lib. I, estudiando en aquél «La presunción de muerte por desaparocimiento» y comprendiendo dos períodos denominados de posesión provisional y posesión definitiva, y en el mismo título se ocupa de la desaparición en accidente; y en el segundo título citado, que lleva por epígrafe «De las curadurías de bienes», se ocupa de lo que podemos denominar el primer período de la ausencia. Veamos cómo los reglamenta, empezando por los de este último para presentar su doctrina con la debida unidad.

Primer período.—Cuando una persona ha desaparecido de su domicilio sin saberse su paradero, o ha dejado de estar en comunicación con los suyos, originándose de esto perjuicios graves al mismo ausente o a terceros, y sin constituir procurador para todos sus negocios, se le nombra un curador para sus bienes, nombramiento que recae a favor del cónyuge no divorciado, de los descendientes legítimos, de los ascendientes legítimos, de los padres o hijos naturales, y de los colaterales legítimos hasta el cuarto grado o hermanos naturales, por el orden expuesto, que indica la preferencia para la designación, pero se faculta al Juez para separarse de este orden, a petición de los herederos legítimos o de los acreedores, si lo estimare conveniente. Particularidad de esta legislación es que puede nombrarse más de un curador y dividir entre ellos la administración, en el caso de bienes cuantiosos, situados en diferentes departamentos; y si el ausente dejó procurador para ciertos negocios, se le subordina al curador, pero éste no puede separarse de las instrucciones dadas por aquél a su procurador sin autorización judicial.

La tramitación del expediente se reduce a la información testifical y a la intervención del defensor de ausentes, sacándose de los bienes del desaparecido los gastos de la curaduría.

Segundo período.—Transcurridos cuatro años de la desaparición de una persona con ignorancia de su paradero, o desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, se declara la presunción de su muerte. Puede pedir esta declaración cualquiera persona que tenga interés en ella: se cita al desaparecido en el periódico oficial por tres veces—debiendo mediar más de cuatro meses entre cada dos citaciones—, y oído el defensor de ausentes, el Juez del último domicilio, que es el competente, declara la presunción de muerte por sentencia, que se inserta en el periódico oficial, y en ella se fija como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias.

A pesar de esta sentencia, hasta ahora no se tiene más que la mera ausencia, cuidando de los intereses del desaparecido sus apoderados o representantes legales, y hasta que no transcurren diez años, contados, no desde la fecha de la resolución judicial, sino desde la de las últimas noticias, no se concede a los herederos presuntivos la posesión provisora de

los bienes, los que, para hacerse cargo de ellos, deben formar inventario y prestar fianza, y hacen suyos todos los frutos e intereses.

Concedida dicha posesión, queda disuelta la sociedad conyugal, sin que sea causa bastante para disolver el matrimonio; si el ausente dejó testamento, se procede a su apertura y publicación; y aunque los poseedores hacen suyos los frutos e intereses, no son dueños de los bienes, sino meros administradores, por lo que no pueden vender, gravar ni hipotecar ninguna clase de bienes sin autorización judicial, debiendo hacerse la venta en pública subasta.

Cesa este período: por reaparecer el ausente; por tenerse noticias de su paradero y existencia, y por entrarse en el último período, o, mejor, segunda fase del que estudiamos. Pero, si cumplidos los diez años necesarios para conceder la posesión provisora, se prueba que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido, se concede a los herederos, no la posesión provisora, sino la definitiva.

Tercer período.—Pasados treinta años desde la fecha de las últimas noticias del ausente, sin haberse recibido ninguna del mismo, se concede la posesión definitiva y produce los siguientes efectos: se cancelan las fianzas prestadas; se abre la sucesión en sus bienes, según las reglas generales; los herederos tienen la propiedad de los bienes adjudicados, por lo que pueden disponer de ellos sin restricciones, y, finalmente, todos los que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, pueden hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte.

La posesión definitiva puede rescindirse a favor del desaparecido si reaparece, o de sus legitimarios habidos durante la ausencia, o de su cónyuge por matrimonio contraído en la misma época, pero con una diferencia: el desaparecido puede pedir la revisión en cualquier tiempo que se presente o haga constar su existencia, mientras que los legitimarios y el cónyuge sólo pueden pedirla dentro de los respectivos plazos de prescripción, contados desde la fecha de la verdadera muerte. Este beneficio sólo aprovecha a las personas que lo obtienen por sentencia judicial, y en virtud de él se recobran los bienes en el estado que se hallen, subsistiendo las enajenaciones, hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmen-

te en ellos, pues se considera a los poseedores de buena fe, salvo prueba en contrario.

Como reglas comunes a los dos períodos de posesión, preceptúa el art. 92 que el que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no está obligado a probar que aquél ha muerto verdaderamente en esa fecha, pudiendo, mientras no se presente prueba en contrario, usar de su derecho; y, por el contrario, el que reclama un derecho para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de esa fecha, está obligado a probarlo, no pudiendo impedir, sin esa prueba, que el derecho reclamado pase a otros ni exigirles responsabilidad alguna.

Por último, también el Código civil chileno establece la distinción entre ausentes y desaparecidos, disponiendo en el núm. 7.º del art. 81 que, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella y han transcurrido desde entonces cuatro años, el Juez declara la presunción de muerte, fijando como día presuntivo de la misma el de la acción de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, se adopta un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso. Tienen como característica estos casos de desaparición en accidente que, al contrario de lo que sucede en la ausencia, se concede inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, con todos sus efectos ya consignados, por desvanecerse en ellos la idea de incertidumbre para convertirse en certeza de muerte.

Estados Unidos del Brasil.

El Código civil brasileño, que es, como dice PAULO DE LACERDA, la mejor codificación jurídica de América, fué promulgado por ley de 1.º de Enero de 1916 y modificado por la de 15 de Enero de 1919. Consta de Introducción, Parte general y Parte especial: la Parte general comprende tres libros, que tratan de las personas, de los bienes y de los he-

chos jurídicos, y la Parte especial se halla integrada por cuatro libros, que estudian, respectivamente, el derecho de familia, el de cosas, el de obligaciones y el de sucesiones. Cada uno de estos libros se hallan divididos en títulos, éstos en capítulos, los capítulos en secciones, y éstas en artículos, con un total de 1.807.

Considera la ausencia como una incapacidad absoluta para ejercer, personalmente, los actos de la vida civil, y la estudia en el lib. I de la Parte especial, dedicada al derecho de familia, en el tit. VI, que tiene el siguiente epígrafe: «De la tutela, de la curatela y de la ausencia», comprendiendo cuatro secciones que se ocupan, respectivamente, «De la curaduría de ausentes», «De la sucesión provisora», «De la sucesión definitiva» y «De los efectos de la ausencia respecto a los derechos de familia». En esas secciones establece la siguiente reglamentación:

Cuando una persona ha desaparecido de su domicilio sin tenerse noticias de ella, y sin dejar representante o procurador para la administración de sus bienes, el Juez, a requerimiento de cualquier interesado, o del Ministerio público, le nombra curador, nombramiento que también se hace cuando el ausente dejó mandatario que no quiera o no pueda ejercer o continuar el mandato. Las facultades y obligaciones del curador son fijadas por el Juez conforme a las circunstancias, pero observando, en lo que fuere aplicable, lo dispuesto para los tutores y curadores, o sea, deben formar inventario de los bienes, prestar fianza y rendir cuentas, teniendo derecho a la retribución que el Juez le señale, que no puede exceder del 10 por 100 anual de la renta líquida que produzcan los bienes que administren.

Para desempeñar el cargo de curador llama a las siguientes personas: al cónyuge que no esté separado judicialmente; al padre, a la madre, a los descendientes que no tengan impedimento que los inhabilite para ejercer el cargo, siendo preferidos los descendientes más próximos a los más remotos, y, entre los del mismo grado, los varones a las hembras. El orden con que quedan enumerados indica la preferencia entre ellos.

Segundo período.—Pasados dos años sin que se sepa del ausente, si no dejó representante ni procurador, o cuatro si

los dejó, pueden los interesados pedir que se abra provisoriamente la sucesión.

Se consideran interesados para este efecto:

- 1.º El cónyuge no separado judicialmente.
- 2.º Los herederos presuntos, legítimos o testamentarios.
- 3.º Los que tuvieren sobre los bienes del ausente derecho subordinado a la condición de su muerte; y
- 4.º Los acreedores de obligaciones vencidas y no pagadas.

Deducida esta petición por los interesados dichos, y, en su defecto, por el Ministerio público, se sustancia por los trámites legales, terminándose por la sentencia declaratoria de ausencia, que se inscribe en el registro público, y sólo produce efectos después de transcurridos seis meses de su publicación en la Prensa. Estos efectos son: la apertura de la sucesión provisora, la del testamento, si existe, y el inventario y partición de los bienes, como si el ausente hubiese fallecido; pero antes de la partición, tiene que ordenar el Juez la conversión de los bienes muebles, sujetos a deterioro o extravío, en inmuebles o en títulos de la deuda pública.

Los bienes se entregan a los presuntos herederos, previa prestación de garantía de su restitución, mediante prenda o hipoteca equivalente a la respectiva participación en la sucesión; si no prestan dicha garantía, son excluidos de la posesión, manteniéndose los bienes bajo la administración del curador o del otro heredero, designado por el Juez, que la preste. Los herederos así excluidos pueden, justificando falta de medios, requerir les sea entregada la mitad de los rendimientos de la porción hereditaria que les correspondería.

Los inmuebles son confiados en su integridad a los sucesores provisorios más idóneos, no pudiendo ser enajenados, salvo con autorización judicial; y dichos sucesores representan activa y pasivamente al ausente, puesto que se consideran como administradores. En virtud a esta consideración, tienen derecho a parte de los frutos, que varía según el grado de parentesco que les liga con el ausente; así, el descendiente, ascendiente o cónyuge hacen suyos todos los frutos y rendimientos, y los otros sucesores deben capitalizar la mitad, de acuerdo con el Ministerio público, y rendir cuentas anuales al Juez competente.

Si durante la posesión provisora se prueba la época exacta del fallecimiento del ausente, se considera en esa fecha abierta la sucesión en favor de los herederos que lo eran en aquel tiempo; si reaparece o se prueba su existencia, cesan los sucesores provisorios en la posesión, pero están obligados a tomar las medidas aseguratorias precisas, hasta la entrega de los bienes a su dueño.

No corre la prescripción contra el ausente, declarado tal en juicio; si el marido es el ausente, la patria potestad pasa a la madre, y le compete la dirección y administración del patrimonio familiar, pero para enajenar los inmuebles, tanto comunes como del marido, necesita autorización especial del Juez.

Tercer período.—A los treinta años de ser firme la sentencia que concede la apertura de la sucesión provisora, pueden los interesados requerir la definitiva, y también, e independientemente del caso anterior, cuando se prueba que el ausente cuenta ochenta años de edad y han transcurrido cinco desde sus últimas noticias. En ambos casos, se presume la muerte del ausente, se cancelan las cauciones o garantías prestadas, y los bienes se transmiten a los herederos de un modo definitivo; pero no es causa bastante para disolver la sociedad conyugal, por imperativo categórico del art. 315.

Si el ausente dejó hijos menores y el otro cónyuge hubiese fallecido, o no tuviese derecho al ejercicio de la patria potestad, se procede, respecto a esos hijos, como si fuesen huérfanos de padre y madre, con el nombramiento de tutor y demás medidas protectoras que el Código que estudiamos establece para dichos huérfanos.

Regresando el ausente en los diez años siguientes a la apertura de la sucesión definitiva, o alguno de sus descendientes o ascendientes, aquél o éstos hacen suyos los bienes existentes en el estado en que se encuentren, los subrogados en su lugar y el precio que los herederos y demás interesados hubieren recibido por los enajenados después de aquel tiempo. Si en dichos diez años el ausente no regresa, y ningún interesado promueve la sucesión definitiva, la plena propiedad de los bienes pasa al Estado, o al Distrito Federal, si el ausente estaba domiciliado en las respectivas circunscripciones, o a la Unión, si era de un territorio aún no constituido en Estado.

Venezuela.

El vigente Código civil de Venezuela fué promulgado el 26 de Junio de 1922, y dedica el tit. III del lib. I al estudio de la ausencia bajo el epígrafe «De los no presentes y de los ausentes». Dicho título está dividido en dos capítulos que, respectivamente, se ocupan de los no presentes y de los ausentes, pero aquél sólo comprende dos artículos, disponiendo que cuando sea demandada una persona no presente en el país, cuya existencia no esté en duda, se le nombrará defensor, si no tuviere quien legalmente la represente, y que lo mismo se hace cuando haya de practicarse alguna diligencia para la cual sea imprermitible la citación o notificación del no presente.

El cap. II, dedicado a los ausentes, está subdividido en seis secciones que, respectivamente, se ocupan: «De la presunción de ausencia y sus efectos», «De la declaración de ausencia», «De los efectos de la declaración de ausencia», «De la toma de posesión provisional de los bienes del ausente», «De la presunción de muerte», «De la toma de posesión definitiva de los bienes del ausente», «De los efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales que puedan competir al ausente» y «De la tutela de los hijos menores del ausente». En dichas secciones establece la siguiente reglamentación.

Empieza definiendo la presunción de ausencia, diciendo que la persona que haya desaparecido de su último domicilio o de su última residencia, y de quien no se tenga noticia, se presume ausente. Si éste no ha dejado apoderado, puede el Tribunal, a instancias de los interesados o herederos presuntos, nombrar quién represente al ausente en juicio, o en la formación de inventario o cuentas, o en las liquidaciones y particiones en que aquél tenga interés, y dictar cualesquiera otras providencias necesarias a la conservación del patrimonio; si dejó apoderado, sólo se provee a los actos para los que dicho apoderado no tenga facultad.

Para la representación del ausente se nombra con preferen-

cia a su representante con facultades administrativas, si lo hay; en los demás casos se prefiere al cónyuge no separado legalmente, y la representación del marido no caduca por la presunción de ausencia de la mujer.

Transcurridos tres años de ausencia presunta, o de seis si el ausente dejó mandatario para la administración de sus bienes, a petición de parte interesada, puede el Tribunal declarar la ausencia. Tienen la consideración de parte interesada para deducir dicha petición los presuntos herederos legítimos o testamentarios, y los que tengan sobre los bienes del ausente derechos que dependan de su muerte; deducida aquélla, el Tribunal ordena la citación por edictos del ausente, señalándole dos meses para que comparezca por sí o por apoderado, y si no comparece, se le cita por dos veces más, en la misma forma y con el mismo plazo, y transcurrido el de la tercera citación sin comparecer ni por sí ni por apoderado, se le nombra un defensor con el que se sigue el juicio ordinario sobre la declaración de ausencia, que se hace por sentencia y se publica también en un periódico.

Una vez firme la sentencia declaratoria de ausencia, se entregan los bienes en posesión provisional a los herederos, previa formación de inventario y prestación de caución, por cantidad que fija el Tribunal, con facultad en éste, cuando no pueda prestarse, de tomar cualesquiera otras precauciones que juzgue convenientes en interés del ausente: dicha posesión provisional sólo concede la administración de los bienes, y, por ende, carecen los poseedores de facultad para gravar o enajenar los inmuebles, ni ejecutar ningún acto que traspase los límites de una simple administración, salvo con autorización judicial. También puede acordar el Tribunal la venta, en todo o en parte, de los bienes muebles, pero determinando el empleo que deba darse al precio, para dejarlo asegurado.

Los poseedores tienen derecho al goce de las rentas que produzcan los bienes, no en cantidad fija, sino proporcional al grado de parentesco de aquéllos con el ausente, y a la duración de su estado; así, los ascendientes, descendientes y el cónyuge hacen suyas la totalidad de las rentas, y los demás parientes y los extraños, la mitad de las mismas en los diez años a contar desde el día de la ausencia, y transcurridos dichos diez años, les pertenecen la totalidad de ellas.

Cesa la declaración de ausencia, como en todas las legislaciones, cuando regresa el ausente o se prueba su existencia.

Declarada la ausencia se disuelve la sociedad conyugal, practicándose la correspondiente liquidación; pero no es causa para solicitar el divorcio.

Pasados diez años desde la declaración de ausencia, o ciento desde el nacimiento del ausente, se declara la presunción de muerte, que produce los siguientes efectos: la posesión definitiva y partición de los bienes entre los herederos, los que pueden disponer de ellos libremente; la cancelación de las fianzas prestadas, y la cesación de las demás garantías que se hubiesen impuesto.

Si vuelve el ausente, o se prueba su existencia, recobra los bienes en el estado en que se encuentren, teniendo derecho a reclamar el precio de los que hayan sido enajenados, y los bienes provenientes del empleo de este precio.

Los derechos eventuales del ausente los regula de modo análogo al Código español, y, por último, dispone que si el ausente tiene hijos menores, la madre entra en el ejercicio de la patria potestad, y si no existe la madre al verificarse la presunción de ausencia del padre, o si muere antes de la declaración de ausencia, o si está imposibilitada para dicho ejercicio, se provee de tutor a los menores.

Méjico.

Méjico ha modificado profundamente su Código civil por la publicación del vigente en 30 de Agosto de 1928, que comenzó a regir el 10 de Octubre de 1932, inspirado, como dice su Exposición de motivos, en procurar que enraizaran en el mismo los anhelos de emancipación económica de las clases populares que alentó la última revolución social de dicho país, y que cristalizaron en los arts. 27, 28 y 123 de la Constitución federal de 1917. Dicho Código aspira a sustituir el antiguo Código individualista por un Código privado social, inspirándose en las corrientes más avanzadas del Derecho civil moderno, pero sin llegar a las audacias de la legislación soviética.

Fué promulgado, en la fecha antes dicha, por el Presidente Calles, y se halla distribuído en cuatro libros, que se ocupan: de las personas, de los bienes, de las sucesiones y de las obligaciones. El tít. XI del lib. I estudia los ausentes e ignorados, dividiéndose en siete capítulos que, respectivamente, reglamentan: las medidas provisionales en casos de ausencia, la declaración de ausencia, sus efectos, la administración de los bienes del ausente casado, la presunción de muerte, los efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente y las disposiciones generales. En otros lugares, especialmente al tratar del Registro civil, y del matrimonio, se ocupa también de la ausencia, por lo que expondremos la doctrina sobre esta materia de este reciente Código en su totalidad.

Empieza por distinguir, aunque sin nombrarlos, los no presentes de los ausentes, disponiendo que el que se hubiere ausentado del lugar de su residencia ordinaria y tuviere apoderado constituído antes o después de su partida, se tendrá como presente, para todos los efectos civiles, y sus negocios se podrán tratar con el apoderado hasta donde alcance el poder.

Entrando de lleno en la ausencia, ordena que cuando una persona ha desaparecido y se ignora el lugar donde se halle y quién la represente, el Juez, a petición de parte o de oficio, nombra un depositario de sus bienes, nombramiento que pueden solicitar el Ministerio público y cualquiera a quien interese tratar o litigar con el ausente o defender los intereses de éste, y recae a favor de las siguientes personas y por el orden de preferencia que se expresa: cónyuge presente; el hijo mayor de edad que resida en el lugar, y si hay varios, elige el Juez al más apto; el ascendiente más próximo en grado; y, a falta de los anteriores, o cuando no convenga nombrarlos por su notoria mala conducta o su ineptitud, recae el nombramiento en favor del heredero presuntivo, y si hay varios, eligen ellos mismos el depositario, salvo que no se pongan de acuerdo, pues en este caso hace la elección el Juez, prefiriendo al que tenga más interés en la conservación de los bienes del ausente.

Nombrado el depositario, se cita al ausente por edictos publicados en los principales periódicos de su último domici-

lio, señalándole para que se presente un plazo que no baja de tres meses ni exceda de seis; copia de estos edictos se remiten a los Cónsules mexicanos de los lugares del Extranjero en que se pueda presumir que se encuentre el ausente, y, si expirado el plazo del llamamiento, no comparece, se procede al nombramiento de representante; lo mismo se hace cuando, en iguales circunstancias, caduque el poder conferido por el ausente, o sea insuficiente para el caso.

El nombramiento de representante recae a favor de las personas que se designan para depositarios y por el mismo orden de preferencia que para éstos; dicho representante es el legítimo administrador de los bienes del ausente, teniendo, respecto de ellos, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores, pero antes de ejercer o desempeñar la administración, tienen que formar inventario de los bienes, evaluarlos y prestar caución, y si no la prestan dentro del término de un mes, se nombra otro representante. Tiene éste derecho, en concepto de retribución, a una parte alícuota que no puede bajar del 5 ni exceder del 10 por 100 de la renta líquida de los bienes.

Cada año, en el día que corresponda a aquel en que hubiere sido nombrado el representante, se publican nuevos edictos llamando al ausente, haciéndose constar en ellos el nombre y domicilio del representante y el tiempo que falta para poderse declarar ausente. Dichos edictos se publican por dos meses, con intervalo de quince días, en la misma forma que para el nombramiento de representante, estando éste obligado a promover dicha publicación, y si no lo hace, es causa legítima de remoción, además de responder de los daños y perjuicios causados al ausente.

Por consiguiente, cuando se solicita la adopción de las medidas provisionales, se nombra un depositario, y el expediente se termina con el nombramiento de representante, cuyo cargo termina: con el regreso del ausente; con la presentación del apoderado legítimo; con la muerte del ausente, y con la posesión provisional.

La declaración de ausencia puede pedirse pasados dos años desde el día en que fué nombrado el representante, pero si el ausente dejó apoderado general para la administración de sus bienes, el plazo para solicitar dicha declaración es el

de tres años, contados desde la desaparición o desde la fecha de las últimas noticias, plazo que rige aún en el caso de que el poder se haya conferido por más de tres años.

Pueden pedir dicha declaración los presuntos herederos, legítimos o testamentarios, del ausente, los que tengan algún derecho u obligación que dependan de la vida, muerte o presencia de aquél, y el Ministerio público; presentada la demanda, se publica ésta durante tres meses, con intervalos de quince días, en el Periódico oficial y en los principales del último domicilio del ausente, con remisión a los Cónsules en el Extranjero, y transcurridos cuatro meses desde la fecha de la última publicación sin noticias ni oposición de algún interesado, se declara en forma la ausencia, declaración que se publica también tres veces en los periódicos citados, con intervalo de quince días, repitiéndose cada dos años hasta la declaración de presunción de muerte.

La declaración de ausencia, según el Código que estudiamos, produce los siguientes efectos: la apertura del testamento del ausente, si lo hubiere otorgado; la entrega a los herederos de la posesión provisional de los bienes, previa prestación de fianza que asegure las resultas de la administración, teniendo las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores; si son varios los herederos, y los bienes admiten cómoda división, cada uno administra la parte que le corresponda, pero si no admiten esa división, los herederos eligen de entre ellos un administrador general, designación que hace el Juez cuando aquéllos no se ponen de acuerdo; mientras no se preste la fianza, no cesa la administración del representante, pero están exentos de prestar garantía el cónyuge, los descendientes y ascendientes, salvo que haya legatarios, pues en este caso la tienen que prestar por la parte de bienes que les correspondan, si no hubiere división ni administrador general.

Cesa la posesión provisional si el ausente se presenta o se prueba su existencia, haciendo suyos los poseedores todos los frutos industriales que hayan hecho producir a los bienes, y la mitad de los naturales y civiles.

Si el ausente es casado, la declaración de su estado interrumpe la sociedad conyugal, procediéndose a su liquidación y entrega al cónyuge presente de los bienes que le correspon-

dan, de los cuales puede disponer libremente; los pertenecientes al ausente se entregan a sus herederos, en la forma antes expuesta, y si el presente no es heredero ni tiene bienes propios, goza del derecho a alimentos. Por el regreso o prueba de la existencia del ausente, queda restaurada la sociedad conyugal. La declaración de ausencia es causa de suspensión de la patria potestad, y motivo para solicitar y obtener el divorcio, exigiéndose para ello que esté legalmente hecha, y sin fijación de plazo, al contrario de lo dispuesto en nuestra ley de Divorcio.

La presunción de muerte se declara cuando han transcurrido seis años desde la declaración de ausencia; pero este Código distingue entre los casos normales, para los que rige la regla expuesta, y los de desaparecimiento, preceptuando que respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante, basta que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia, aunque sí se toman las medidas provisionales autorizadas por el cap. I del título que examinamos.

Los efectos que la presunción de muerte produce, tanto en un caso como en otro, son: la apertura de la sucesión; la entrega de los bienes a los herederos en posesión definitiva; la cancelación de los fianzas prestadas, y la extinción de la sociedad conyugal, si el ausente fuese casado.

Tanto la declaración de ausencia, como la de presunción de muerte, se inscriben en el Registro civil, cancelándose las inscripciones cuando cesan dichos estados; y la última es también causa de divorcio en los casos de excepción en que no se necesita, para que se haga la misma, que proceda la declaración de ausencia, o sea, en los casos de desaparecimiento.

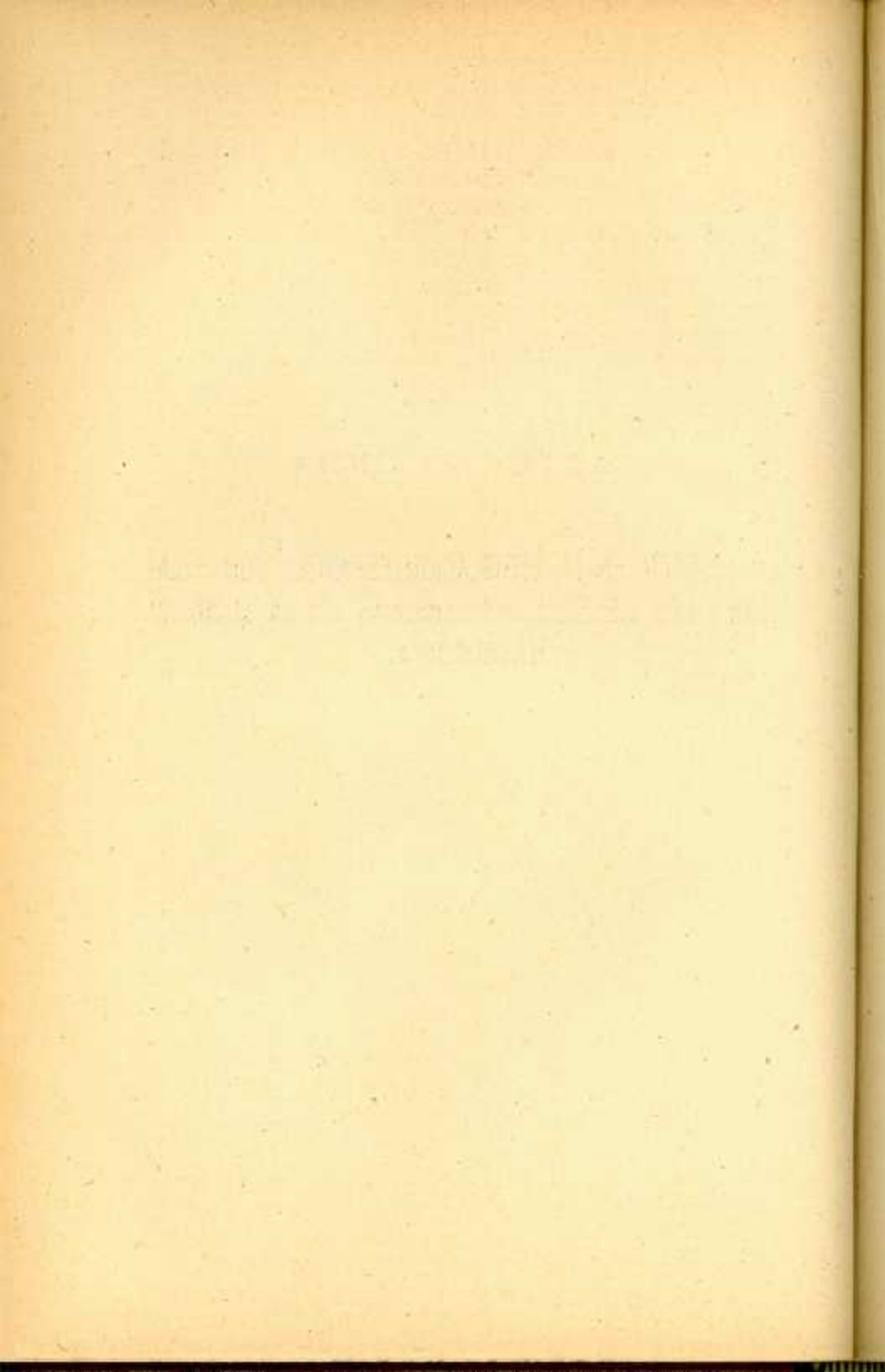
Si, después de otorgada la posesión definitiva, se presenta el ausente o se prueba su existencia, recobra sus bienes en el estado en que se hallen, el precio de los enajenados o los que se hubiesen adquirido con el mismo precio, pero sin poder

reclamar frutos ni rentas ; si el cónyuge no es heredero ni posee bienes propios, tiene derecho a alimentos.

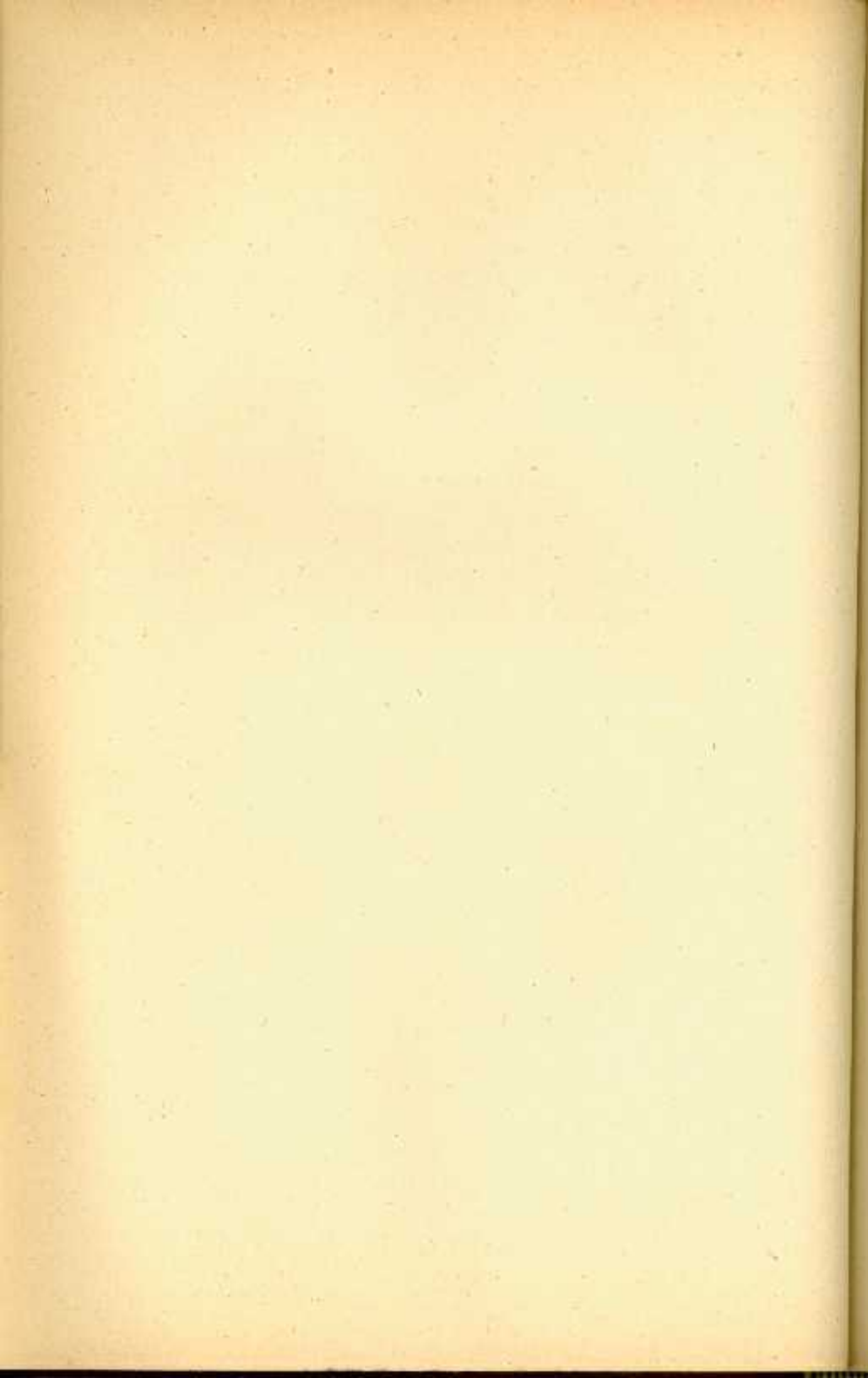
Respecto a los derechos eventuales del ausente, sienta preceptos análogos a los del Código español ; y, por último, el representante y los poseedores provisionales y definitivos, en sus respectivos casos, tienen la legítima procuración del ausente en juicio y fuera de él, debiendo ser oído el Ministerio público en todos los estados de ausencia, no suspendiéndose por causa de ésta los términos fijados por la ley para la prescripción.

PARTE SEGUNDA

LA AUSENCIA EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA CON RELACION A LOS BIENES, A LAS PERSONAS Y A LA SOCIEDAD MATRIMONIAL

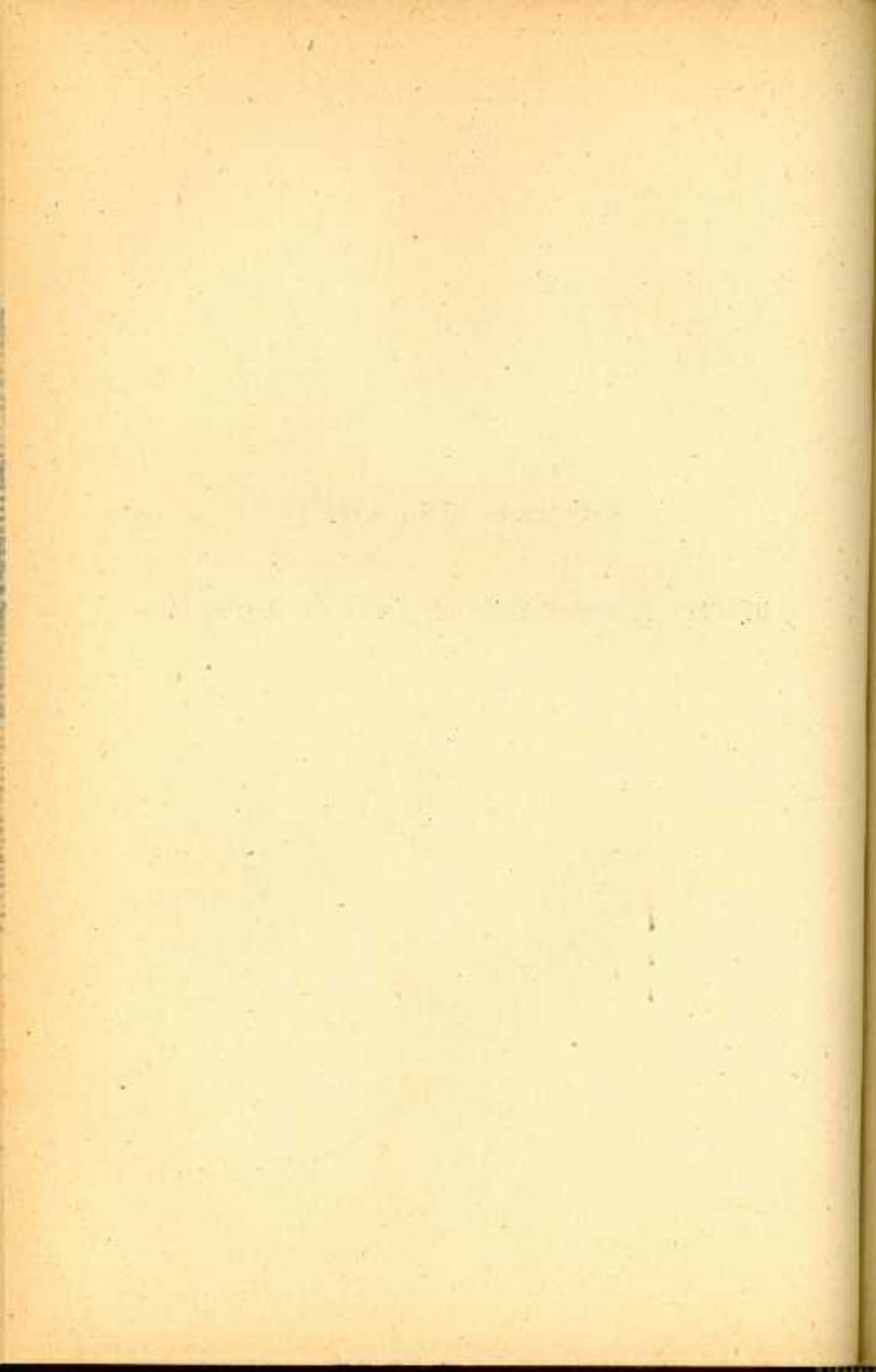


Ya hemos dicho antes que nuestro Código civil trata a la ausencia, desde un punto de vista patrimonial, en el tít. VIII del lib. I, distinguiendo tres estados o períodos, que un autor denomina ausencia presunta, ausencia declarada y presunción de muerte. La idea capital que preside esta reglamentación es la misma de los tratadistas franceses que inspiraron el Código napoleónico, o sea, la pugna entre dos presunciones, la de vida del ausente y la de la muerte del mismo: en el primer período, es más fuerte y domina por completo la presunción de vida del ausente, y por esta razón el legislador establece unas medidas provisionales que garanticen la custodia y conservación de los bienes; a medida que el tiempo transcurre se va debilitando dicha presunción, siendo mayores las dudas respecto de su vida, lo que origina la declaración de ausencia; y, finalmente, cuando el espacio de tiempo en el que no se tienen noticias de una persona es más largo aún, la presunción de vida desaparece por completo y se sustituye por la presunción de muerte. Veamos cómo reglamenta cada uno de estos tres estados nuestro Código civil, los problemas jurídicos que dicha reglamentación plantea y los efectos que cada uno de los mismos produce, tanto con relación a los bienes, como por lo que afecta a las personas y a la sociedad matrimonial.



PRIMER ESTADO

MEDIDAS PROVISIONALES EN CASO DE AUSENCIA▲



CAPITULO V

Examen de los preceptos del Código sobre medidas provisionales, y efectos que producen con relación a las personas.

1. *Requisitos para la procedencia de las medidas provisionales en casos de ausencia.*—Para que puedan decretarse las medidas provisionales en casos de ausencia, según el artículo 181, son necesarios los siguientes requisitos conjuntos:

- 1.º Que una persona haya desaparecido de su domicilio y se ignore su paradero.
- 2.º Que no haya dejado apoderado para administrar sus bienes, o que haya caducado el poder que le confirió; y
- 3.º Que se insten por parte legítima o por el Ministerio fiscal.

Corresponde este primer período a aquel en que la presunción de vida tiene más fuerza, y por el corto tiempo transcurrido desde que el ausente desapareció de su domicilio, la ley le reputa vivo. Dice así el citado art. 181: «Cuando una persona hubiere desaparecido de su domicilio sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre sus bienes, podrá el Juez, a instancia de parte legítima o del Ministerio fiscal, nombrar quien le represente en todo lo que fuere necesario. Esto mismo se observará cuando, en iguales circunstancias, caduque el poder conferido por el ausente.»

Por lo tanto, cuando una persona se ausenta de su domicilio sin dejar a nadie encargado de la administración de sus bienes, o habiendo caducado el apoderamiento, y no se sabe su paradero, interviene el Poder público por medio de la institución competente, o sea, el Juzgado, para velar por sus derechos e intereses de una manera provisional, en espera de

que el ausente regrese o dé noticias de su existencia. Claro es que un requisito indispensable es que no haya dejado apoderado, pues en este caso ya el ausente ha proveído al cuidado de sus bienes, y no tiene el legislador facultad para inmiscuirse en la esfera privada. ¿Es necesario que transcurra cierto tiempo, a contar desde la desaparición de una persona, para que puedan adoptarse estas medidas provisionales? Según los arts. 2.031 y 2.045 de la ley de Enjuiciamiento civil, se necesita el transcurso de más de dos años desde que se ignore el paradero de una persona que se hubiere ausentado de su domicilio, dejando sus bienes abandonados, pero el artículo que comentamos ha modificado estas disposiciones, y, actualmente, para que comience la intervención judicial, es bastante la concurrencia de los requisitos antes expuestos, sin atender para nada al tiempo. Claro es que la prudencia exige el transcurso de un cierto plazo, pues si la ausencia es, por ejemplo, de un mes, no vemos la razón ni el motivo de adoptarse las medidas preventivas, siendo necesario que el lapso de tiempo sea bastante para inaugurar el estado civil de ausencia; esto es de la libre apreciación judicial, por lo que en cada caso concreto se atenderá a las circunstancias que hayan rodeado a la desaparición.

Requisito indispensable es que se ignore el paradero de la persona desaparecida de su domicilio, pues para nuestro Código sólo la ausencia en ignorado paradero, según hemos explicado antes, es la que merece el concepto técnico de ausencia; y, además, el ausente cuyo paradero y existencia son conocidos, no plantea ningún problema, por lo que hay que reputarle presente.

Otra condición es que no exista apoderado para administrar los bienes del ausente o que haya caducado el poder, que equivale a la pérdida de representación del apoderado. ¿De qué clase tiene que ser este apoderamiento?, o, para decirlo con más claridad, ¿es preciso que conste en documento público, o es bastante el privado, o puede considerarse suficiente el apoderamiento verbal? Si bien este punto es objeto de discusión por los autores al ocuparse del art. 184, por regla general no tratan, al estudiar el que analizamos, o sea, el 181, esta cuestión, lo que parece dar a entender que éste está subordinado a aquél, dado que, para poderse declarar la ausencia,

es preciso que hayan transcurrido cinco años, sin noticias del ausente, que hubiere dejado persona encargada de la administración de sus bienes, lo que requiere poder bastante para administrarlos, y como muchos tratadistas aceptan el poder, cualquiera que sea la forma en que conste, lógicamente había que deducir que ese apoderamiento podía ser de cualquiera de las clases admitidas en derecho, incluso verbal. No estamos conformes con esta opinión, y creemos que el poder debe constar en documento público, por dos razones: una legal, y moral la otra. La razón legal la expresa el núm. 5.º del artículo 1.280, disponiendo, de un modo categórico, que deben constar en documento público, entre otros, «el poder para administrar bienes», por lo que es de todo punto indudable que no es bastante un documento privado o un simple mandato verbal, toda vez que la voluntad, real o presunta, del ausente, tiene que ceder ante el precepto legal antes consignado. La razón moral es que las medidas provisionales deben adoptarse siempre que el poder no revista forma solemne, para rodear de garantías al ausente, y evitar que, a pretexto de un mandato verbal, se ceba la codicia y la ambición en los bienes de aquél, dadas las escasas garantías que rodean al expediente para adoptarlas, según veremos en la parte procesal.

Este poder tiene que ser *para administrar los bienes del ausente*, y debe comprender la totalidad de ellos, pues si sólo se refiere a alguno o a algunos, hay que nombrarle un representante para no dejar los demás bienes abandonados. De las palabras subrayadas parece que el legislador ha atendido exclusivamente a los bienes propios del ausente, y no a los demás que tenga a su cuidado por diferentes motivos: suponemos, por ejemplo, que el ausente está casado, y en su calidad de marido, le pertenece la administración de los bienes de la sociedad conyugal, de la dote inestimada e, incluso, de los parafernales, si su mujer se los entregó; tales bienes *no son suyos*, ni pueden quedar abandonados, y como no cabe transferir su administración a la mujer, porque el art. 1.441 sólo lo autoriza cuando ésta pida la declaración de ausencia del marido, con arreglo al art. 183, que está subordinado al 181, resulta que para evitar esos perjuicios, hay que interpretar este último precepto con amplitud, en el sentido de que

la frase *sin dejar a poderado que administre sus bienes*, comprende, no sólo los bienes propios del marido, sino también todos los que estuvieren a su cargo por exigencias de su autoridad marital o paterna, dado que un problema análogo se presenta con relación a los bienes de los hijos, cuya administración pertenece al padre. Así opina MARTÍNEZ RUIZ en su obra *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, con cuyo criterio estamos en absoluto de acuerdo. Finalmente, si el poder existía, pero ha caducado por cualquiera de las causas mencionadas en el art. 1.732, desde este momento pueden adoptarse las medidas provisionales.

El último requisito es que se insten las indicadas medidas por parte legítima o por el Ministerio fiscal. ¿Quiénes se entiende que son parte legítima? Este es uno de los puntos que más discuten los autores, y en el que hay más diversidad de opiniones. A algunos creen que sólo están incluidas en esa frase las personas mencionadas en el art. 183, o sea, el cónyuge presente, los padres, hijos y abuelos del ausente, por el orden establecido en el art. 220, fundándose en que, como son estas personas las designadas para representar al ausente, sólo ellas deben tener la facultad de pedir que se les confiera dicha representación. Esto es una interpretación caprichosa, sin fundamento alguno, pues una cosa es la facultad de pedir que se nombre representante al ausente, y otra muy distinta es la de ejercer esta representación; y una prueba—dice MARRASA en su citada obra—de que no es éste el espíritu de la ley, está en que la misma ha otorgado esta facultad al Ministerio público, que no es llamado a ejercer aquella representación.

Otros opinan que *cualquiera persona* puede solicitar el nombramiento de representante del ausente, fundándose en lo que dispone el art. 2.045 de la ley de Enjuiciamiento civil; pero olvidan, los que tal creen, que el Código es posterior, y que exige la circunstancia de que sea parte *legítima*, lo cual no puede serlo cualquiera.

CASTAN, MUCIUS SCARVOLA, MÓLTON Y OCAMPO, MARRASA y DE BUEN, con los que estamos conformes, opinan que en la frase *parte legítima* deben comprenderse, en primer término, las personas mencionadas en el art. 185, pues pudiendo éstas pedir la declaración de ausencia, que es lo más, han de poder pedir también el nombramiento de representante, que

es lo menos; y, además, todos aquellos que tengan un derecho dependiente de la personalidad del ausente o del hecho de su muerte. PEREZ GONZALEZ y ALGUER sostienen, coincidiendo con los tratadistas antes citados, que, aparte de las personas a quienes la ley llama a la representación del ausente, pueden solicitar el nombramiento todos aquellos que ostenten algún interés legítimo que determine la conveniencia del nombramiento de representante del ausente; y justifican esta opinión diciendo que, como es potestativo en el Juez nombrar o no representante para aquél, dado este carácter discrecional, sería absurdo exigir rigurosamente un determinado título legal para solicitar algo que el Juez concede o deniega prudencialmente (1).

2. *Nombramiento de representante. A favor de quién debe hacerse.*—; A favor de qué personas se ha de hacer el nombramiento de representante? Dice el art. 183: «El cónyuge que se ausente será representado por el que se halle presente, cuando no estuvieren legalmente separados. Si éste fuere menor, se le proveerá de tutor en la forma ordinaria. A falta de cónyuge, representarán al ausente los padres, hijos y abuelos, por el orden que establece el art. 220.»

Con gran claridad ha establecido el Código las personas que tienen derecho a ostentar la representación del ausente, y fijado el orden de prelación bajo el que deben ser llamadas, prelación que está fundada en el cariño e interés que les pueden inspirar dicho ausente. En efecto: nadie con más título que el cónyuge presente para ejercer esta representación, porque el matrimonio forma una sociedad tan íntima, es tan estrecha la unión de los esposos, que puede decirse que son dos cuerpos y una sola alma, y, como decían los romanos, definiendo el matrimonio, son dos personas distintas que vienen a constituir una sola personalidad. Si el matrimonio no existe, por ser el ausente soltero o viudo, o el vínculo matrimonial se ha roto por la separación legal de los esposos, entonces se nombrará representante a los padres, hijos y abuelos, por el orden establecido en el art. 220, y, por lo tanto, los llamamientos se harán ajustándose a la siguiente prelación: 1.º El padre y, en su caso, la madre. 2.º Los hijos, siendo preferidos

(1) BENECKERUS, ob. cit., t. I.

los varones a las hembras y el mayor al menor, y, a falta de hijos, corresponde a las hijas, aunque estén casadas (sentencia de 23 de Abril de 1914). 3.º Los abuelos, preferiéndose a los varones si existen los paternos y maternos, y a los de la línea del padre si son del mismo sexo. ¿Quedan excluidos los hermanos? Si existen personas de las antes mencionadas, si; pero en defecto de ellas, creemos, no sólo que deben ser nombrados, sino que este nombramiento debe hacerse a favor de cualquier otro pariente más lejano con preferencia a los extraños, pues hay que suponer en aquéllos más cariño e interés hacia el ausente que en éstos. De modo que, a falta de las personas mencionadas en el art. 183, debe nombrarse representante a los hermanos, en su defecto a los tíos, primos carnales, y así sucesivamente, conforme al grado de parentesco, y sólo en el caso de no existir parientes, o renunciar al nombramiento, puede hacerse a favor de los extraños, toda vez que el juzgador no tiene más remedio que cumplir el art. 181. En opinión de CLEMENTE DE DIEGO, aunque la letra del Código omite a los hermanos, no hace lo mismo su espíritu, por lo que entiende que deben ser admitidos; y DE BUEN cree que la omisión de los hermanos fué involuntaria.

Como consecuencia de lo dicho, si la ausencia es del marido, corresponde a la mujer su representación, y si ésta es la ausente, el marido es el representante; pero, ¿y si el cónyuge presente es menor? En este caso, dice el Código que se le proveerá de tutor en la forma ordinaria, y con tanta ligereza procedieron los redactores del mismo, que no se acordaron de los arts. 59 y 317. En efecto; ambos artículos se refieren a situaciones idénticas, siendo el 317 aclaración y complemento del 59, y ambos exigen, cuando el cónyuge es menor, para realizar actos de administración y disposición, el consentimiento de su padre, en su defecto, el de su madre, y, a falta de ambos, el de su tutor; por consiguiente, *sólo cuando el cónyuge presente carezca de padre y madre, procederá el nombramiento de tutor*. Y no se diga que el art. 59 sólo se refiere al marido, pues el Tribunal Supremo tiene declarado, en las sentencias de 8 de Junio de 1904 y 19 de Junio de 1906, que lo mismo al varón que a la mujer, son aplicables las disposiciones acerca de la emancipación por matrimonio contenidas en el art. 59; de esta opinión son también los tratadistas MU-

CIVIS SCAEVOLA, CASTAN, SANCHEZ ROMAN y DE DIEGO VALVERDE, por el contrario, ateniéndose a la letra de la ley, cree que debe nombrarse tutor en todo caso.

Un notable comentarista—MUCIUS SCAEVOLA—cree que «por el mero hecho de la desaparición de uno de los cónyuges, *ipso facto* queda el otro constituido en representante del ausente, sin necesidad de previo nombramiento», agregando «que el lector se forja inmediatamente la idea de que lo que el Código ha querido decir, es que, sin necesidad del nombramiento por el Juzgado, el cónyuge adquiere el derecho de representar a su consorte, ausente en ignorado paradero, y que cuando se trata de un ausente que no deja tras sí familia ninguna o los lazos del parentesco son muy lejanos, justa y precisa es la intervención del Juez para precaver mayores males; mas cuando el ausente deja en su domicilio consorte que habrá de interesarse, tanto o más que él, en la prosperidad del caudal y más abundante provecho de las herencias, ¿qué contingencias futuras podrá prever la intervención judicial, ni para qué necesita arrogarse visos de protección...? Con los debidos respetos, creemos que esta opinión carece de fundamento, y no se nos alcanza el por qué de la distinción que hace a favor del cónyuge, dado que, en la misma situación que éste, deben estar los padres, hijos y abuelos; el art. 181 demuestra, de un modo inconcuso, que el nombramiento se ha de hacer judicialmente, como requisito indispensable, y a éste está subordinado el 183, que establece una prelación de llamamientos, siendo necesaria la intervención judicial para velar, precisamente, porque dicha prelación se observe; y, finalmente, el art. 1.441 dice que la administración de los bienes del matrimonio se transferirá a la mujer *cuando pida* la declaración de ausencia del marido, con arreglo a los artículos 183 y 185, lo que demuestra que es necesario que la pida al Juez, sin poder por sí sola arrogarse la representación.

También se ha sostenido que cuando el marido es el ausente y ha encargado a un mandatario la representación de todos sus actos, en virtud de poder amplísimo, debe ser preferido el derecho de la mujer para administrar la sociedad de gananciales y para representar al marido en los actos que toman razón de su existencia, o sea, que sólo se admite:

como eficaz el poder para un negocio especial o determinado, para no cercenar los derechos de la mujer; no estamos conformes, pues para que pueda proveerse al nombramiento de representante es requisito indispensable que el ausente no haya dejado apoderado, luego si existe no puede accederse a nombrar a la mujer, por oponerse a ello el art. 181 del Código civil.

3. *Aseguramiento de los bienes del ausente y facultades y obligaciones del representante del mismo.*—Para que el legislador pueda llenar la función protectora y social que le compete frente a los ausentes, no es bastante que se preocupe de determinar los requisitos que deben preceder a la declaración de dicho estado en su primer período, y fijar las personas a quienes corresponde la representación de aquéllos, sino que tiene que fijar, de un modo taxativo y categórico, las medidas que procedan adoptarse en garantía de los bienes de los ausentes, así como también es preciso designar las facultades y obligaciones del representante nombrado. Así lo hace nuestro Código en su art. 182, el que preceptúa lo siguiente: «Verificado el nombramiento de representante, el Juez acordará las diligencias necesarias para asegurar los derechos e intereses del ausente, y señalará las facultades, obligaciones y remuneración de su representante, regulándolas, según las circunstancias, por lo que está dispuesto respecto de los tutores.»

Este precepto es complementario del art. 181, y lo característico del mismo es el amplio arbitrio judicial que establece en vista de las circunstancias que concurren en cada caso: el fundamento de este artículo es evidente, pues establecido el nombramiento de representante, se hacía preciso determinar las medidas de prevención necesarias para asegurar los derechos e intereses del ausente, y más aún el fijar las facultades, obligaciones y remuneración del representante, para que la acción de éste fuese eficaz. Pero, en virtud del arbitrio judicial que concede, no concuerda el contenido de este capítulo del Código con su titulación, dado que ésta es «Medidas provisionales en casos de ausencia», y, en los tres artículos que comprende, no establece ninguna, dejándolas al prudente criterio de los Tribunales, cosa a nuestro juicio acertada, porque estas medidas no pueden fijarse con exactitud matemática, sino que dependen de las circunstancias de cada caso; lo úni-

co que hace es señalar como norma analógica de aplicación lo dispuesto respecto de los tutores, y nada más natural, porque esta representación es, en esencia, lo mismo que la función de la curatela del Derecho romano.

¿Qué diligencias deben acordarse para asegurar los derechos e intereses del ausente? Es muy difícil establecerlas en términos generales, por depender de las distintas modalidades que en la realidad presenta cada caso, pero, en vista de lo dispuesto en los arts. 264 a 266, podemos decir que consistirán: en formar un inventario de todos los bienes que se le entreguen; si existen bienes muebles, se dispondrá lo necesario para su custodia y depósito, tasándose por peritos los que no se constituyan en depósito, así como los semovientes; si existieren metálico, alhajas o efectos públicos, se depositarán en los establecimientos destinados al efecto; se autorizará al nombrado para que represente al ausente en juicio y fuera de él en todo lo que fuere necesario, y una aplicación de esto es el art. 91 del Reglamento hipotecario, que preceptúa que «los documentos inscribibles, relativos a actos y contratos, en que estén interesadas las personas que hubiesen desaparecido de su domicilio, sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre sus bienes, deberán otorgarse por el representante nombrado al efecto, a instancia de parte legítima o del Ministerio fiscal, con arreglo a los artículos 181 y sigs. del Código civil»; si hubiere bienes dados en arrendamiento, se dará a conocer el representante nombrado a los arrendatarios, facultándole para el cobro de las rentas, y a éstos se les requerirá para que se abstengan de hacer pagos a nadie que no sea el citado representante; igual se acordará y se practicará si hubiere créditos pendientes de cobro, y así sucesivamente se adoptarán las demás medidas que sean precisas y que la realidad aconseje. Si, en el transcurso de la representación, se presentare alguna necesidad que hubiera que atender, y para la cual no estuviera facultado el representante, creemos que lo procedente es pedir éste autorización judicial, por analogía a lo establecido con los administradores judiciales cuando necesitan facultades especiales en determinados casos, tanto si se refiere a los bienes como a las personas, pues así lo da a entender el art. 181 con la frase *para todo lo necesario*. PEREZ GONZALEZ y ALGUER sostienen

—en la obra y tomo citados—que el Juez tiene amplio margen para extender la representación del ausente a «todo lo que fuere necesario», y para atenerse a las «circunstancias», según expresan los arts. 181 y 182; y, dado este criterio de elasticidad, en cuanto al contenido y alcance de las medidas provisionales, entienden dichos autores que procede que el Juez adopte las pertinentes cuando, aun habiendo dejado el ausente apoderado que administre sus bienes (supuesto en el que, dado el tenor literal del art. 181, apartado 1.º, parecen excluidas las medidas provisionales), resulten insuficientes, por virtud de las circunstancias, las facultades del apoderado.

¿Qué facultades y obligaciones se señalarán al representante? El Código no las fija, pero las relaciona con las facultades y obligaciones de los tutores, por lo que debe el juzgador tener presente las señaladas a éstos para acordar, a su prudente arbitrio, las facultades y deberes precisos: en términos generales, puede decirse que serán las que se derivan de las medidas de aseguramiento adoptadas, y administrar los bienes con la diligencia de un buen padre de familia; atender al cuidado, alimento y educación de los hijos no emancipados, si los tuviere el ausente; llevar cuenta justificada de los gastos e ingresos; rendir cuenta anual al Juzgado, por analogía con lo dispuesto para los tutores; el ingreso en la Caja de Depósitos, a disposición del Juzgado, de las cantidades sobrantes, una vez satisfechas las atenciones de la administración, etc., etc. ¿Está obligado a prestar fianza? La contestación afirmativa se impone, pues el artículo que comentamos ordena que las obligaciones se regularán por lo dispuesto respecto de los tutores; pero están exentos de esta obligación el cónyuge presente, los padres, hijos y abuelos, por aplicación analógica del art. 260, según opinan MANTRESA y MUCHIS SCARVOLA.

Finalmente, se señalará—dice el art. 182—la remuneración del representante, y cabe preguntar: ¿se fijará una cantidad invariable o proporcional?; y, en este último caso, ¿cuál debe ser el tanto por ciento que se señale? La ley de Enjuiciamiento civil dispone, en el art. 2.042, que la retribución no puede exceder del 10 por 100 de las rentas de los bienes, estableciendo, por consiguiente, una remuneración proporcional;

pero hoy es aplicable el art. 276 del Código civil, que es posterior a aquella ley, y según dispone éste, la fijará el Juzgado a su prudente arbitrio, pero sin que, en ningún caso, pueda bajar del 4 ni exceder del 10 por 100 de las rentas o productos líquidos de los bienes.

4. *Efectos de las medidas provisionales con relación a las personas.*— Qué efectos produce el establecimiento de las medidas provisionales en el matrimonio y en la patria potestad? Si la adopción de las mismas es consecuencia del ignorado paradero del marido, la mujer es la que ostenta su representación, conforme al art. 183, confirmado en el 1.441, el que dispone que se transferirá a la mujer la administración de los bienes del matrimonio, entre otros casos, cuando pida la declaración de ausencia del marido con arreglo a los artículos 183 y 185, esto es, lo mismo en el caso de medidas provisionales que en el de declaración de ausencia. Infiere, por consiguiente, este primer período, en la capacidad jurídica de la mujer, pero como, a pesar de la ausencia, subsiste el matrimonio, ésta tiene que quedar sujeta al estado de casada con todos sus efectos; así es que se sustituye con la autorización judicial la falta de licencia marital, y ha de cumplir, con arreglo al art. 1.442, las obligaciones impuestas al marido cuando ejerce la administración; se le transfiere la administración de su dote; para la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles, según el art. 1.444, necesita licencia judicial; y si es menor, ha de observarse, en todos los casos, el art. 315, en relación con el 59, o sea, que necesita el consentimiento de su padre, madre o tutor para comparecer en juicio, tomar dinero a préstamo, gravar y enajenar bienes raíces.

Respecto a la patria potestad, la desempeña íntegramente la madre si se le confiere la representación de su marido ausente, y, como consecuencia, le corresponde prestar el consentimiento que necesitan los hijos menores de edad emancipados para enajenar y gravar bienes inmuebles, y tomar dinero a préstamo, pues el art. 317 concede esta facultad a la madre *en defecto* del padre, así como también la licencia necesaria para que los hijos puedan contraer matrimonio, por aplicación del art. 46, ambos del Código civil; con relación a la enajenación de bienes por los hijos, puede presentarse el si-

guiente caso. Si el padre desaparece de su domicilio dejando apoderado que administre sus bienes, no procede adoptar las medidas provisionales, y si durante la ausencia de aquél necesitan los hijos enajenar bienes, ¿cómo se cumple el citado art. 317? El consentimiento no puede darlo el padre por estar ausente, y, legalmente, tampoco la madre, pues a ésta se le concede aquella facultad en defecto del primero. La dificultad puede resolverse mediante autorización judicial, en la que se le conceda la representación del padre ausente, no bajo el fundamento de la ausencia, sino, por analogía con lo dispuesto en el art. 46, por la consideración de hallarse impedido para otorgar el consentimiento.

En cuanto a la legitimidad de los hijos, para que se presume legítimo el nacido en este periodo, es necesario que nazca antes de los trescientos días siguientes a la separación de los cónyuges que la ausencia implica, por lo que hay que tener en cuenta la fecha de la desaparición, en ignorado paradero, del marido, que se halla acreditado en el expediente incoado para la adopción de las medidas provisionales, y hacer el cómputo de dichos trescientos días a partir de la indicada fecha. Finalmente, la mujer representante de su marido ausente tiene personalidad para comparecer en juicio por sí misma respecto a los actos y contratos que celebrase en ausencia de aquél, según la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Noviembre de 1900.

Si la desaparecida y ausente es la mujer, el marido, que es su representante, conserva la administración y recupera la de los parafernales que aquélla se hubiese reservado, pero con obligación de constituir hipoteca por el valor de los bienes muebles que reciba, hipoteca que pueden exigir el padre o la madre de la mujer ausente, o la persona que hubiese dado los bienes que se deban garantizar; a falta de estas personas, y siendo menor la mujer, deberán pedirla el tutor, el protutor, el Consejo de familia o cualquiera de sus Vocales, y si éstos no lo hicieren, lo solicitará el Ministerio fiscal, pues nunca con mayor razón pueden aplicarse, por analogía, los arts. 1.349, 1.352 y 1.353. También, por la misma razón analógica, debe aplicarse en este caso de ausencia lo dispuesto en el art. 1.355, el que ordena que «siempre que el todo o parte de los bienes que constituyan la dote estimada consista en efectos públicos

o valores cotizables, y mientras su importe no se halle garantizado por la hipoteca que el marido está obligado a prestar, los títulos, inscripciones o documentos que lo representen, se depositarán a nombre de la mujer, con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los destinados al efecto». Basta sustituir la frase *dote estimada* por la de *bienes parafernales*, para comprender esta aplicación analógica, según el axioma jurídico de que donde hay la misma razón debe existir igual disposición legal. Así opina MUCIUS SCABVOIA, con cuya doctrina estamos conformes.

CAPITULO VI

Derecho adjetivo, o procedimiento para la adopción de las medidas preventivas.

¿Qué reglas procesales deben seguirse y observarse para solicitar y obtener las medidas provisionales en casos de ausencia? Como el Código civil es posterior a la ley Procesal, y antes de aquél no estaba regulada la ausencia como verdadera institución jurídica, resulta que muchos de los preceptos de la última son actualmente inaplicables; ya en las explicaciones que proceden, han quedado expuestos los requisitos que tienen que concurrir para adoptar las medidas preventivas, a favor de quién se ha de hacer el nombramiento de representante, y las facultades, obligaciones y remuneración de éste, por lo que en este lugar sólo indicaremos los términos estrictamente procesales.

Es Juez competente para proveer al nombramiento de representante del ausente y a la adopción de las medidas preventivas, que son corolario de dicha declaración, el del último domicilio que hubiere tenido aquél en territorio español, según la regla 24 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La tramitación del expediente se ajusta a las reglas de los actos de jurisdicción voluntaria, y se inicia por un sencillo escrito de parte legítima, que acredite tener este derecho con los correspondientes documentos, o del Ministerio fiscal, en el que se hará constar que concurren los requisitos exigidos en el art. 181 del Código civil; se dicta providencia acordando, en vista de lo dispuesto en el art. 2.045 de la ley Rituaria, recibir información testifical sobre los extremos señalados en los núms. 1.º y 2.º del art. 2.032, o sea, sobre el ignorado paradero de la persona de que se trate, así como sobre la fe-

cha en que se hubiere ausentado, y la en que no se tiene noticia de su existencia, y que no existe persona autorizada por el ausente para el cuidado y administración de sus bienes. Esta información deberá practicarse con citación del Ministerio fiscal, y serán tres, por lo menos, los testigos, dando fe el actuario de conocerlos, y si no los conoce, se valdrá de testigos de conocimiento; recibida la información, se pasará el expediente a dictamen del Ministerio fiscal, y, evacuado éste, se dictará auto, sin más trámites, nombrando, si procede, representante al ausente, determinando sus facultades, obligaciones y remuneración, en los términos antes explicados. Si es un cónyuge el ausente, y el presente es menor de edad, *sin padre ni madre*, en el mismo auto acordará el Juez que se le provea de tutor en la forma ordinaria, dirigiendo carta-orden al Juez municipal para que proceda a constituir el Consejo de familia, y por éste a la de la tutela, y una vez que el tutor tome posesión de su cargo, se le entreguen los bienes del ausente, bajo el correspondiente inventario; lo mismo se hará cuando corresponda la representación del ausente a un hijo menor de edad.

Con tan sencillo procedimiento, y con tan escasas garantías, se pueden adoptar las medidas preventivas, con el consiguiente riesgo si los testigos deponen falsamente; y no se diga que, queriendo evitar esto, el Código emplea el verbo *podrá* en vez de *deberá* el Juez, esto es, que concede al juzgador una prudente facultad para que use de ella con arreglo a las circunstancias de cada caso, pues si de la información resultan acreditados los extremos consignados en el artículo 181, no se nos alcanzan las razones legales que pueda alegar en su resolución para denegar el nombramiento de representante. Lo único que puede tranquilizar la conciencia es que se designan para representantes del ausente a las personas que están ligadas al mismo por los estrechos vínculos del afecto y del cariño, lo que hace suponer que sólo aspiren a beneficiar al que está en ignorado paradero, y, precisamente por ese cariño, estén desprovistos de toda idea de lucro; pero esta presunción desaparece a medida que el vínculo de parentesco es más lejano, por lo que, si recae el nombramiento en uno de éstos o en un extraño, además de la fianza que están obligados a prestar, debe el juzgador ser muy parco en la

concesión de facultades al representante, exigiéndole, con exactitud y celo, cuentas de su administración, y examinando con detenimiento, y negando las que no estén debidamente justificadas, las autorizaciones que solicite para realizar obras costosas o enajenar bienes, en evitación de posibles perjuicios.

SEGUNDO ESTADO

DECLARACION DE AUSENCIA



CAPITULO VII

Examen de los requisitos exigidos por el Código civil para poderse declarar la ausencia.

1. *Requisitos para la declaración de ausencia.*—Así como en el primer período de la ausencia es más fuerte en la ley la presunción de vida que la de la muerte, en el segundo estado —cuyo estudio comenzamos en el presente capítulo— ambas presunciones se equiparan, como dice SANCHEZ ROMAN. A medida que el tiempo transcurre sin saberse el paradero ni tener noticias del ausente, disminuyen las probabilidades de su vida, por lo que, no sólo en interés de éste, sino también en el de su consorte, hijos y herederos presuntos, debe salirse del estado provisional y preventivo, sustituyéndole por otro de más alcance y trascendencia; pero para acordarlo, Códigos y tratadistas exigen el transcurso de un plazo más o menos largo que, si no es por sí suficiente para creer en la muerte del ausente, sí es lo bastante para acordar las medidas precisas en garantía de los intereses del mismo y de sus presuntos herederos, pues, como dice BIGOT-PREAMENEU, es forzoso reconocer que, al cabo de cierto tiempo, el estado interino y provisional de mera prevención, no puede satisfacer todas las exigencias de la realidad, y a medida que transcurren los años, va inclinándose la balanza del lado de la presunción de muerte de la persona incierta, y se van adquiriendo derechos a que hay que dar estabilidad y firmeza.

¿Qué requisitos exige el Código para poderse declarar la ausencia de una persona? Con toda claridad los establece en el art. 184, disponiendo que «pasados dos años sin haberse tenido noticia del ausente o desde que se recibieron las últimas, y cinco en el caso de que el ausente hubiere dejado per-

sona encargada de la administración de los bienes, podrá declararse la ausencia». En primer lugar, se observa que el Código establece dos plazos distintos, según que el ausente haya dejado o no persona encargada de la administración de sus bienes, pues en el primer caso dió a entender que su ausencia sería prolongada, y, por lo tanto, no surgen las dudas sobre su existencia con tanta rapidez como en el segundo. La razón de esta diferencia de plazos es fácilmente apreciable —dice BIGOT-PREAMENEU en la Exposición de motivos de la ley sobre la ausencia—, pues en un caso el que abandona su domicilio ha provisto a su propia ausencia, y el nombramiento hecho de persona que administre los bienes le dispensa en cierto modo de dar noticias suyas; mientras que en el otro, por el contrario, todo lo deja abandonado, presumiéndose un pronto regreso, y al no verificarse es más vehemente la incertidumbre de su vida, y es, además, preciso suplir su falta de previsión. ¿Cómo se computan estos plazos? Creemos que el punto de partida para establecer el cómputo de los dos o cinco años debe de ser, no la fecha de la adopción de las medidas preventivas, sino la fecha de la desaparición del ausente que se haya acreditado en el expediente incoado para el establecimiento de las medidas provisionales. Si, a partir de esta fecha, han transcurrido dos años sin recibirse noticias del ausente, y sin dejar éste apoderado, puede declararse la ausencia; pero, si posteriormente se recibieron noticias, la fecha de emisión de las mismas es el punto de partida para la computación de los dos años mencionados, y no la de la recepción de dichas noticias, porque, en realidad, sólo se sabe del ausente, en este caso, desde que proporcionó esas noticias, puesto que en el espacio de tiempo que media entre facilitarlas y recibirlas, pudo haber muerto u ocurrirle alguna otra cosa. En el caso de que el ausente hubiere dejado apoderado, el plazo de los cinco años se cuenta exactamente igual, o sea, desde la fecha de la desaparición o desde la de emisión de las últimas noticias, en la forma dicha.

Cuando el ausente deja transcurrir dos años sin dar noticias de su paradero, teniendo sus bienes abandonados, hay motivos bastantes para dudar de su existencia, porque con los múltiples y rapidísimos medios de comunicación de que actualmente se dispone, bien pudo dar señales de vida: esta

incertidumbre, si bien no es suficiente para creer en la muerte del ausente, por oponerse a ello la duración ordinaria de la vida del hombre, si lo es para que el legislador se preocupe y garantice los derechos y esperanzas a que una ausencia prolongada pueda dar lugar, evitando, al mismo tiempo, las ingerencias y posibles ataques injustificados que, contra la propiedad del ausente, puedan dirigirse. Y análogo fundamento existe en el caso de que hubiere dejado persona encargada de la administración de sus bienes, pues pasar cinco años sin que el ausente se preocupe de exigir cuentas a su mandatario, ni aun averiguar si éste subsiste, es motivo suficiente para originar aquella incertidumbre. De lo único que puede tacharse al Código en este punto es de fijar plazos demasiado largos, según consignamos al hacer la crítica del mismo en el cap. II, pues, dados los rapidísimos y múltiples medios de comunicación de que actualmente se dispone, creemos suficiente el transcurso de un año sin saber noticias de una persona desaparecida para que en el ánimo se originen dudas sobre la existencia de la misma.

2. *De qué clase debe ser el poder conferido por el ausente.*—Para que se observe el plazo de cinco años es preciso que el ausente haya dejado *persona encargada de la administración de los bienes*, frase que ha sido tachada por algunos de confusa e impropia, pero la creemos, con MANRESA, más acertada que la de *mandatario*, porque éste puede referirse a un servicio especial, independiente de la administración de bienes, y con la citada frase ha recalcado el Código que tiene que haber dejado apoderado, y que el apoderamiento ha de ser para administrar los bienes, teniendo establecido la Dirección general de los Registros, en Resolución de 1.º de Julio de 1891, que este art. 184 otorga eficacia legal al mandato durante cinco años después de la ausencia del mandante, y mientras la declaración de ausencia no se haga, no es lícito poner en duda la eficacia legal de los contratos que otorga el apoderado del ausente dentro de los límites de su mandato, no existiendo precepto legal alguno en la antigua legislación que declare necesariamente nulo un poder cuando se ignora el paradero del mandante. Por consiguiente, este precepto otorga efectos al poder durante ese plazo de cinco años, y el mandatario puede hacer uso del mismo a pesar de la desapa-

rición del mandante. Ahora bien, ¿de qué clase tiene que ser este poder? ¿Ha de constar en forma solemne, o basta un documento privado o el simple mandato verbal? Ya esta cuestión la hemos tratado al examinar el art. 181, y allí hemos sostenido que para poderse adoptar las medidas preventivas, es requisito indispensable que haya desaparecido una persona de su domicilio sin saberse su paradero y sin dejar apoderado, en forma solemne, que administre sus bienes; y si sostenemos que es necesario la existencia del poder en documento público para la no adopción de las indicadas medidas, y si consta el apoderamiento en documento privado, no impide el nombramiento de representante, con mayor razón tiene que reunir el poder el carácter de solemne para poderse declarar la ausencia, por los importantísimos y trascendentales efectos que produce.

No obstante, sobre este extremo hay diversidad de opiniones, según el punto de vista en que se colocan los tratadistas, ya que unos parten del respeto debido a la voluntad del ausente, sea cualquiera la forma en que ésta conste, y otros parten del respeto debido a la ley, toda vez que el núm. 5.º del art. 1.280 exige que conste en escritura pública el *poder para administrar bienes*. MANRESA es partidario de esta última opinión, o sea, que «debe prevalecer la ley sobre la voluntad del ausente, y, por lo tanto, para que pueda estimarse como necesario el plazo de cinco años para la declaración de ausencia, será preciso que exista persona encargada de la administración de los bienes con poder bastante otorgado en forma solemne». Otros, por el contrario, opinan que si la razón de la dualidad de plazos es la de que, al dejar apoderado demuestra el ausente su intención de permanecer fuera largo tiempo, debe darse efectos, por este mismo motivo, al poder que hubiere conferido en documento privado, o sea, que debe respetarse su voluntad. De esta opinión son los tratadistas PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, los que sostienen que basta que el ausente haya dejado «persona encargada de la administración de los bienes»; lo que no implica requisito alguno de forma, para que se haya de esperar el transcurso de los cinco años. SÁNCHEZ ROMÁN da una solución ecléctica, que acepta CASTÁN, diciendo que el nombramiento hecho en cualquier forma que no sea la de documento público, impide que, hasta

que pasen los cinco años del art. 184, pueda darse lugar a la declaración del estado civil de ausencia; pero no evita que se adopten las medidas provisionales y necesarias de la ausencia presunta, cumplido el supuesto del art. 181. Tanto respeto y autoridad científica me merecen los dos tratadistas citados, que me siento algo cohibido para refutar su doctrina; pero exponiendo lealmente mi criterio, debo consignar mi absoluta disconformidad con el insigne SANCHEZ ROMAN, toda vez que, analizando la doctrina de éste, vemos que si el poder consta en documento público, no se puede declarar la ausencia hasta que transcurran los cinco años, y si es en documento privado o verbal, tampoco puede hacerse dicha declaración hasta el transcurso de los indicados cinco años, pero se adoptarán las medidas provisionales en el supuesto del art. 181. En nuestra modesta opinión, esto no resuelve nada, porque si el poder privado o verbal no impide la solicitud de medidas preventivas y el consiguiente nombramiento de representante, el que se tiene que hacer, no a favor del apoderado designado por el ausente, sino de las personas que taxativamente designa el art. 183, ¿a qué pretender dar efectos a la voluntad del ausente, con la única finalidad de prolongar la declaración de su estado, cuando el efecto principal, que es la designación del apoderado, no puede dejarse a su libre albedrío, toda vez que el citado artículo determina categóricamente las personas que tienen derecho a ostentar dicha representación? Así no se concilia el respeto a la ley y a la voluntad del ausente, porque si éste nombró apoderado a persona distinta de las llamadas por el Código a representarle, el juzgador tiene que aplicar forzosamente éste, y no vemos la razón ni la finalidad de exigir el transcurso de cinco años para declarar la ausencia por el hecho de existir un apoderamiento privado, cuando éste no es bastante para impedir la adopción de las medidas preventivas y el consiguiente nombramiento de mandatario, distinto, en la mayoría de los casos, del designado por el ausente.

Por todo lo expuesto, creemos que el poder tiene que constar en documento público, o sea, revestir forma solemne; pero, ¿tiene que ser general? Esto es, si sólo confirió poder para un negocio determinado, ¿se entenderá necesario el plazo de cinco años para poder declararse la ausencia? Indudablemente

no, pues quedando los demás negocios abandonados—dice CASTAN—hay que suponer que el ausente pensaba regresar pronto, y debe regir, por ende, el plazo ordinario de dos años; y de entenderse necesario el transcurso del indicado plazo, se infringiría el fundamento de la ausencia, toda vez que si el legislador debe regularla velando por los derechos e intereses del ausente, los de terceros y los de la sociedad en general, debe decretarse la intervención legal desde el momento en que existan alguno o algunos negocios o bienes abandonados.

3. *Problema que plantea la caducidad del mandato.*—Para terminar el examen de este artículo, exponemos las teorías existentes para el supuesto de que el poder caduque por muerte del mandatario o por otras causas: en estos casos, ¿se entenderá que sigue rigiendo el plazo de cinco años, o se podrá aplicar el de dos años contados desde esa caducidad? Algunos tratadistas sostienen que la declaración de ausencia debe hacerse al término de los dos años, contados desde que el mandato perdió su eficacia. Otros, por el contrario, estiman que, como el ausente no pudo prever la muerte del mandatario, debe prevalecer su voluntad, por lo que hasta el transcurso de los cinco años sin noticias de su paradero no debe declararse ausente. MANRESA cree obra citada, tomo II—que caducado el poder por cualquier causa legítima, habrá lugar al nombramiento de representante, conforme al párrafo segundo del art. 181, y extinguido el mandato, queda el ausente en las mismas condiciones que si no lo hubiese otorgado, porque lo que no existe no puede surtir efectos jurídicos, y, por consiguiente, puede declararse la ausencia pasados dos años sin haberse tenido noticias del interesado. MUCIOS SCAEVOLA y SANCHEZ ROMAN opinan, en sentido opuesto, que la caducidad del poder coloca al ausente en el caso del artículo 181, pudiendo adoptarse las medidas preventivas, pero no puede declararse la ausencia hasta que no transcurra el plazo de cinco años. Esta opinión le parece a CASTAN la más ajustada al texto del art. 184, interpretación que es exacta si nos atenemos sólo a la letra del citado precepto; pero no lo es si tenemos en cuenta el fundamento de los plazos exigidos por el legislador. En efecto, la razón de ser de esta exigencia es la de dar tiempo para que la catencia absoluta de noti-

cias origine incertidumbre sobre la existencia del ausente; y si bien éste, al conferir poderes, dió a entender que su ausencia sería prolongada, no vemos la razón ni la necesidad de prolongar por cinco años el estado de prevención en atención a unos poderes que han perdido por completo su eficacia, y con perjuicio posible de los intereses del mismo ausente, toda vez que el estado provisional no puede satisfacer ni llenar las exigencias de la realidad, y ésta aconseja salir cuanto antes de las medidas preventivas: por otra parte, si la administración de los bienes corresponde a las mismas personas que ostentan la representación del ausente, y están ligadas a éste por los estrechos vínculos del parentesco, con el cariño y afecto que hay que suponerles, ¿qué inconveniente puede haber en que, con la declaración de ausencia, se amplíen las facultades del representante, cuando, a lo mejor, sólo faltan unos meses para cumplirse el plazo de cinco años, toda vez que esto depende de la fecha de la revocación del poder? Así es que, por lo expuesto, opinamos con MANRESA, que, caducados los poderes, se adoptarán las medidas preventivas en el supuesto del art. 181, y transcurridos dos años contados desde la adopción de dichas medidas, sin tenarse noticias de su paradero, se puede declararle ausente, y este criterio tiene su fundamento en la misma redacción del citado art. 181, el que establece que las medidas provisionales pueden acordarse cuando no exista apoderado que administre los bienes, o *cuando caduque el poder conferido por el ausente*, esto es, que equipara la caducidad del mandato a su no existencia, y la idea de que parte el Código es la de que si el desaparecido ha dejado apoderado, no ha lugar a tomar medidas preventivas, porque ya el mismo ausente ha proveído al cuidado y conservación de sus bienes; pero si transcurren cinco años sin dar señales de vida, ni preocuparse de la gestión del mandatario, hay motivos para sospechar de su existencia, originando esta incertidumbre sobre su vida la necesidad de declararle ausente, en garantía de los derechos expuestos al principio de este capítulo. Por el contrario, si no dejó apoderado, o si caducó el poder, se imponen las medidas provisionales, y transcurridos dos años, puede hacerse dicha declaración, porque el plazo de cinco años exigido por el art. 184 es para el caso de que el mandato no haya caducado, y, por consiguiente, no se haya

aplicado el art. 181. De igual opinión son los tratadistas PEREZ GONZALEZ y ALGUER, en la obra citada.

4. *Quiénes pueden solicitar la declaración de ausencia.* Pueden pedir la declaración de ausencia, según el art. 185, las personas siguientes:

- 1.º El cónyuge presente.
- 2.º Los herederos instituidos en testamento, que presentaren copia fehaciente del mismo.
- 3.º Los parientes que hubieren de heredar abintestato; y
- 4.º Los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado a la condición de su muerte. El orden con que están enumeradas las personas designadas para solicitar la declaración de ausencia, indica también la preferencia que tienen para deducir dicha solicitud.

Como mientras la presunción de vida no se extinga por completo, no hay razón para disolver provisionalmente la sociedad conyugal, y ésta es tan íntima y estrecha que puede afirmarse inequívocamente que a nadie le inspiran más interés los actos del ausente que a su cónyuge, por razones afectivas y económicas, nada más natural y lógico que sea el mismo cónyuge presente el autorizado en primer lugar, y con preferencia a todos, para solicitar la declaración de ausencia; además, si, conforme al art. 183, corresponde en primer término al cónyuge presente la representación del ausente, es congruente llamarle también en primer grado al ejercicio del derecho establecido en el art. 184 para solicitar la declaración de ausencia, facilitándole así—dice MANRESA—el medio de provocar este estado en el que ha de ser también el administrador de los bienes, como veremos más adelante.

En segundo lugar, designa el artículo que examinamos a los herederos instituidos en testamento que *presentaren copia fehaciente del mismo*. Algunos autores han criticado al Código por llamar a los herederos testamentarios antes que a los legítimos, fundándose en que el derecho de éstos es más permanente que el de aquéllos, puesto que, como la voluntad del hombre es ambulatoria hasta la muerte, puede, en cualquier momento, revocar el testamento. Llevan razón los que así opinan, pero los redactores del Código sólo se fijaron en respetar la voluntad del ausente, y así como si éste dejó apoderado no se le puede declarar ausente hasta que transcurran cinco años

sin tener noticias del mismo, de igual modo cuando exista un testamento en que el ausente instituye herederos, prefiriendo y aun excluyendo a sus parientes, hay que suponer que los instituidos son los que más afecto e interés le inspiran, y, por ende, deben tener preferencia para representarle y solicitar la declaración de ausencia. Pero la dificultad estriba en que no se puede acompañar ni presentar el certificado del Registro general de actos de última voluntad, por ser necesario, para expedirlo, que se justifique la defunción y hayan transcurrido quince días desde que ésta tuvo lugar; por medio de dicho certificado es como únicamente puede determinarse cuál fué la última voluntad del ausente, y hoy, con arreglo a este número que comentamos, puede darse el caso de que una persona que fué instituida heredera por el desaparecido, pero que posteriormente la revocó, dejándola sin efecto, pueda solicitar la declaración de ausencia, aun constándole esta revocación. Para evitar esto, y atendiendo a que la regla general es que para la sucesión hereditaria sean preferidos los parientes a los extraños, no sólo por la ley, sino también por el testador, dado el mayor cariño que hay que suponer tenga a los primeros, sería de desear que este número desapareciese, pues sólo en contados casos le corresponderá la administración de los bienes del ausente, y porque el fundamento que tuvo el legislador para establecerlo no puede aquilatarse hasta que no se obtiene el referido certificado expresivo de su última voluntad.

En las palabras que hemos subrayado, se impone una condición a los herederos testamentarios que soliciten la declaración de ausencia, y es la de que presenten copia fehaciente del testamento, con cuya frase se ha puesto término a una cuestión muy debatida, y originada por el art. 318 del Proyecto de 1851, que establecía que, una vez declarada la ausencia, si existiera un testamento cerrado, se abrirá, a instancia de cualquiera que crea tener derecho a él. Fundados en este artículo, han preguntado algunos autores si tendrían facultad para solicitar la declaración de ausencia los herederos o legatarios instituidos en testamento cerrado, o los que tuvieran en él algún derecho subordinado a la muerte del testador, previa apertura del mismo; la contestación negativa se impone, porque tanto el Código civil, en su art. 712,

como la ley de Enjuiciamiento civil, en el art. 1.956, exigen para la apertura de dicho testamento que el testador haya fallecido, y como mientras no tenga lugar esta apertura no se pueden expedir copias fehacientes, es indudable que sólo pueden hacer uso del derecho consignado en el artículo que examinamos, los herederos instituidos en testamento nuncupativo o abierto, y no en las demás clases de testamentos admitidos por el Código, por la imposibilidad en que se encuentra el solicitante de cumplir la indicada condición.

En tercer término, son llamados a solicitar la declaración de ausencia los parientes que hubieren de heredar abintestato, teniendo su fundamento este precepto en los vínculos de cariño que el parentesco lleva consigo, y en la misma razón de ser de la sucesión legítima: en ésta se establecen diferentes grados, y la preferencia en el orden de suceder la determina también para instar la declaración de ausencia. El Código, en el cap. IV del tít. III del lib. III, se ocupa del orden de suceder según la diversidad de líneas, y establece la siguiente prelación de llamadas a la sucesión: 1.º, los descendientes; 2.º, los ascendientes; 3.º, los hijos naturales reconocidos; 4.º, los hermanos e hijos de éstos; 5.º, el cónyuge viudo; 6.º, los restantes colaterales hasta el sexto grado, y 7.º, el Estado.

Este orden fué modificado por el Real decreto-ley de 13 de Enero de 1928, el que dispone que no se extiende el derecho a heredar abintestato en los parientes colaterales nada más que hasta el cuarto grado inclusive, habiéndose suprimido los quinto y sexto grados establecidos en el Código, y en vista de esta modificación, se nos ocurre preguntar: ¿pueden solicitar la declaración de ausencia los parientes colaterales incluidos en los grados suprimidos por el Real decreto-ley citado? En realidad sí, dada la preferencia que en la ausencia tienen los vínculos de parentesco, por muy lejano que éste sea, con relación a los extraños; pero legalmente no puede tenérseles por parte legítima para instar dicha declaración, porque tienen que justificar que son llamados a la sucesión legítima del ausente y este derecho se les ha suprimido por la modificación antes citada.

En último lugar, se faculta para solicitar la citada declaración de ausencia a los que tuvieren sobre los bienes del au-

sente algún derecho subordinado a la condición de su muerte, y en este número están comprendidos—como dice MANRESA— el legatario, el donatario, e usufructuario y demás personas a quienes afecten las disposiciones *mortis causa* del ausente, o a quienes pertenezca algún derecho sobre los bienes del mismo, cuya realización dependa del fallecimiento de éste como condición suspensiva de su efectividad; pudiendo decirse, en términos generales, que están comprendidos en esta disposición todos los que hemos conceptualizado incluidos en la frase *parte legítima* que emplea el art. 181, o sea, los que tengan un derecho sobre los bienes, desde luego, dependiente del hecho de la muerte del ausente.

5. *Desde cuándo surte efectos.*—Declarada la ausencia, no empieza a surtir efectos inmediatamente, sino que nuestro Código, siguiendo la inspiración del francés, establece un plazo intermedio entre dicha declaración y el momento en que ésta produce sus naturales efectos, con la idea de conceder un nuevo plazo al ausente para que se presente o dé noticias de su persona, a fin de ver si, aun declarada la ausencia, pueden evitarse sus consecuencias, y, entre ellas, el constituir sus bienes en administración, en cuyo punto están acordes la inmensa mayoría de los Códigos extranjeros. La idea que preside este plazo intermedio establecido no puede ser más plausible, pero también hay que reconocer que su eficacia práctica es nula, porque como el anuncio de la declaración de ausencia se hace en los periódicos oficiales, y éstos es muy difícil que los lea el ausente, quedando circunscrito su radio de lectores a una parte solamente de los funcionarios públicos, a quienes no les interesa dicha declaración, se traduce en la realidad en aumentar los gastos del expediente judicial y en dilatar éste, sin resultados positivos, como lo acredita la experiencia.

Lo más racional sería publicar los edictos en la Prensa de mayor circulación del último lugar donde fué visto o se tuvieron las últimas noticias del ausente, pues así, en el caso de que viviese, podría enterarse directamente, o por mediación de las amistades que hubiere creado; pero publicarlos en la *Gaceta de Madrid* cuando, por ejemplo, las últimas noticias del ausente es que residía en América, equivale a imponer a las partes un gasto inútil, sabiendo de antemano que no ha de enterarse el interesado.

A nuestro juicio, lo mejor sería la desaparición de este trámite dilatorio y dispendioso por ineficaz, dado que cuando transcurren dos o cinco años sin saberse noticias ni el paradero de una persona, se puede tener casi la seguridad de su inexistencia, o de que no quiere tener relaciones con su familia o con la sociedad que cultivó hasta entonces, y es inútil que se le advierta desde un medio que, en la inmensa mayoría de los casos, está imposibilitado de leer.

El Código francés dispone que no puede hacerse la declaración de ausencia hasta que transcurra un año a contar desde que se recibió la información testifical sobre el hecho de la ausencia (1); y nuestro Código establece un plazo más corto, ordenando en el art. 186 que «la declaración judicial de ausencia no surtirá efecto hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales». Este precepto, cuya crítica acabamos de hacer, ha modificado en parte los arts. 2.034 y 2.035 de la ley de Enjuiciamiento civil, pero, por referirse esto al procedimiento que ha de seguirse para declarar la ausencia, no nos deteremos en este punto, porque habrá de ser objeto de estudio en el capítulo de derecho adjetivo correspondiente. Sólo indicaremos aquí que la declaración de ausencia se hará por medio de auto, el que se publicará en los periódicos oficiales, y hasta que no transcurran seis meses de dicha publicación, no se ejecutará acuél ni surtirá efecto alguno.

(1) COLIN et CAPITANT, t. VIII.

CAPITULO VIII

Efectos de la declaración de ausencia.—Efectos relativos a la administración de los bienes del ausente, a la autoridad marital y patria potestad ejercidos por el ausente, y a la sociedad matrimonial.

La ausencia declarada produce variados e importantísimos efectos, por afectar a multitud de relaciones y situaciones jurídicas; y para su mayor comprensión y fácil estudio, los agruparemos en tres órdenes: A. Efectos relativos a la administración de los bienes del ausente. B. Efectos con relación a la autoridad marital y patria potestad ejercidas por el ausente; y C. Efectos con relación a la sociedad matrimonial.

Estudicemos por separado cada uno de estos grupos.

A. Efectos relativos a la administración de los bienes del ausente.

Las medidas provisionales, que integran el primer período de la ausencia, llevan consigo una administración también provisional e interina, sobre los bienes del desaparecido en ignorado paradero. Pero declarada la ausencia de éste, con los requisitos y formalidades estudiados, y transcurridos seis meses desde su publicación, conforme al art. 186 antes examinado, cesa dicha administración provisional y se sustituye por otra definitiva, en la que sus efectos son distintos y las facultades del administrador mucho más amplias que en aquélla, por la necesidad de consolidar los derechos y las relaciones jurídicas que produce la ausencia a favor de deter-

minadas personas. De aquí se deriva la necesidad de designar las personas a quienes corresponda desempeñar dicha administración, designación que hace nuestro Código en su artículo 187, disponiendo que «la administración de los bienes del ausente se conferirá, por el orden que establece el art. 220, a las personas mencionadas en el mismo». Equipara, por consiguiente, este artículo el ausente al sordomudo, sin duda por la imposibilidad en que se encuentra para manifestar sus deseos sobre el cuidado de los bienes que le pertenezcan, y en vista de lo dispuesto en el art. 220, corresponde dicha administración:

- 1.º Al cónyuge no separado legalmente.
- 2.º Al padre, y, en su caso, a la madre.
- 3.º A los hijos.
- 4.º A los abuelos.
- 5.º A los hermanos varones y a las hermanas que no estuviesen casadas, con la preferencia del doble vínculo sobre los consanguíneos y uterinos.

Si hubiese varios hijos o hermanos del ausente, serán preferidos los varones a las hembras y el mayor al menor, dentro del mismo sexo, y si concurren abuelos paternos y maternos serán también preferidos los varones, y los de la línea del padre en el caso de ser del mismo sexo. El orden con que están enumerados determina la preferencia entre los designados.

El Código ha modificado los preceptos que en este punto existían en nuestro Derecho positivo, constituidos por los artículos 2.031 y 2.041 de la ley de Enjuiciamiento civil, los cuales ordenan, respectivamente, que la administración se entregue a los más próximos parientes que hubieran de ser herederos abintestato del ausente, y facultando para solicitar dicha administración a los herederos instituidos en testamento que presentaran copia fehaciente del mismo, pues como la ley posterior derogó a la anterior, hoy en esta materia rigen las disposiciones antes citadas y por el orden de preferencia que queda consignado. La razón de los llamamientos que hace el Código, está en que en la reglamentación de la ausencia ha atendido a los vínculos del cariño exclusivamente, y por esto no sólo ha modificado el art. 2.031 antes citado, sino también el orden de suceder abintestato, pues, con arreglo a la

Ley de Enjuiciamiento civil, en el artículo antes mencionado, eran preferentes los parientes más próximos, y, por ende, gozaban de esta preferencia los colaterales hasta el cuarto grado antes que el cónyuge presente, contra todo razonamiento lógico, pues nadie puede tener más interés en la representación del ausente y en la administración de sus bienes que el cónyuge no separado legalmente; además, como a pesar de la ausencia, subsiste la sociedad conyugal, la postergación del cónyuge equivaldría a mezclar en ésta elementos extraños, desnaturalizándola, pues es tan íntima y tan estrecha, que solamente caben los dos cónyuges, sociedad que está regida por el amor, y de éste se aprovecha el legislador para suplir la incapacidad de las personas ante la consideración de que sólo los que aman a un incapaz tienen verdadero interés por él; y es que, como dice JOAQUIN DUALDE (1), «el amor puede prescindir del Derecho, pero no a la inversa. El Derecho es un supletorio del amor. El Derecho es un conjunto de reglas establecidas para la convivencia de los que no se aman bastante. La patria potestad, que supone un intenso amor, ocupa en el Código civil diecinueve artículos, y la tutela, que es su substitutivo con menos amor, ocupa ciento quince». Resulta así justificado, no sólo la modificación del art. 2.031, tantas veces citado, sino la preferencia del cónyuge presente para ejercer la administración de los bienes del ausente; pero para ello es necesario que no esté separado legalmente, dado que, como la separación lleva consigo la liquidación de la sociedad conyugal, no existen en este caso la comunidad de vida y de intereses, que es el fundamento de la indicada preferencia.

La modificación del art. 2.044 de la ley Procesal civil obedece al sistema que sigue el Código en la reglamentación de la ausencia. No falta, sin embargo, quien tache a éste de poco consecuente, dado que si los herederos testamentarios tienen facultad para solicitar la declaración de ausencia, debería también concedérseles para desempeñar la administración de los bienes. No hay tal inconsecuencia, pues el Código, a diferencia del francés, no establece una sucesión provisional, sino sólo procura atender a suplir la incapacidad en que el ausente se halla de proveer al cuidado y conservación de sus bienes,

(1) *Una Revolución en la Lógica del Derecho*, pág. 208.

por lo que debe seguir las mismas reglas que establece para los incapacitados, por el axioma jurídico de que «donde hay la misma razón, debe existir también la misma disposición legal.» Aparte de esto, si el Código hubiera concedido la administración a los herederos testamentarios, cabría el peligro de que éstos facilitasen la declaración de ausencia con el propósito de administrar y gozar de los bienes del ausente, constituyendo una especie de anticipo de herencia; y, finalmente, siendo el testamento un acto esencialmente revocable, sería un absurdo que se les concediera la administración por el solo hecho de un título tan inseguro y precario.

Por la misma razón de que se trata de proveer a una incapacidad, para lo que se requiere una solicitud y cuidados exquisitos, son llamados los padres al desempeño de la administración con preferencia a los hijos, a pesar de ser éstos primero en el orden de la sucesión intestada. Si el ausente carece de padre y madre, corresponde la administración a los hijos, prefiriendo el varón a la hembra y el mayor al menor, teniendo declarado el Tribunal Supremo, según se consigna en el estudio del art. 183, que corresponde a las hijas, a falta de hijos, aunque estén casadas, y la sentencia de 23 de Abril de 1914 establece la doctrina de que «llegando la hija a la mayor edad, le corresponde la tutela que la hermana del incapacitado ejercía en perjuicio de éste, según declara la sentencia», doctrina que, por razón analógica, creemos aplicable a la administración de que nos ocupamos. Cuando corresponda ésta a los hijos del ausente, y éstos sean menores—dice el art. 186—se les proveerá de tutor, el cual se hará cargo de los bienes con las formalidades de la ley; disposición lógica y que concuerda con el art. 183, pues si el llamado a suplir la incapacidad del ausente no puede hacerlo por no tener completa su personalidad jurídica, a causa de su menor edad, no hay más remedio que suplir su falta mediante el nombramiento de un tutor que se haga cargo de los bienes, igual que si no existiera el padre ausente, debiendo adoptar el Juzgado las medidas necesarias para la constitución de la tutela.

A falta de hijos, se confiere la administración a los abuelos, siendo preferidos los varones, y en el caso de ser del mismo sexo, a los de la línea paterna; y, en último término, llama el Código a los hermanos, con preferencia de los de

doble vínculo, y, dentro de una misma clase, el varón a la hembra y el mayor al menor. Es tan claro este precepto, y tan fáciles de apreciar las razones que lo justifican, que nos creemos excusados de todo comentario.

En el caso de que no existan hermanos, como el ausente no debe quedar desamparado, hay que suponer aplicable el art. 2.031 de la ley de Enjuiciamiento civil, o sea, que se conferirá el nombramiento de administrador a los más próximos parientes, y si, ni aún éstos existieran, entonces se nombraría a un extraño, por las mismas razones que dimos al examinar el art. 183. Esta opinión está avalada por el Tribunal Supremo, el que, en sentencia de 28 de Octubre de 1914, sienta la doctrina de que «no existiendo ninguna de las personas llamadas por este artículo (el 220, en relación con el 187), como los mismos sólo establecen un orden de prelación y no impiden puedan administrar otras personas cuando no aparezcan las especialmente llamadas, es indudable que el Juez, en uso de las facultades que le confiere el art. 181, y adoptando como supletorias las que consigna la ley de Enjuiciamiento civil, puede conferir la administración, en último caso, hasta a un extraño», y con mayor motivo puede conferirse a la hermana casada la administración de los bienes del ausente. De igual opinión son BURON y CASTAN.

El cargo de administrador, ¿es obligatorio, salvo que exista causa legítima de excusa? En contra de la opinión de MANRESA, creemos, con FERREIRA, que sí, no sólo por la analogía con que lo regula el Código respecto a la tutela de los locos y sordomudos, si que también por el mismo fundamento de la ausencia, dado que, de considerarlo voluntario, no podría el legislador garantizar plenamente los derechos e intereses que se propuso defender al reglamentar la materia de ausencia.

¿Cuáles son las facultades y obligaciones del administrador del ausente? Ante el silencio del Código, opina CASTAN que deben aplicarse las reglas relativas a la tutela de los sordomudos, dada la analogía aceptada por aquél para fijar el orden de los llamamientos. Creemos que, en primer lugar, debe aplicarse el art. 182, a pesar de referirse a las medidas provisionales, por ordenar el mismo que el Juez acordará las diligencias necesarias para asegurar los derechos e intereses

del ausente, y en segundo término, se acudirá a la tutela, toda vez que dicho precepto ordena que el Juez regule las medidas que adopte por lo que está dispuesto respecto de los tutores. Así es que no se pueden fijar de antemano, y tanto las facultades como las obligaciones serán las apropiadas en cada caso; pero, desde luego, son aplicables los arts. 2.040 y 2.041 de la ley de Enjuiciamiento civil, los que ordenan que el administrador preste fianza, y que una vez constituida ésta, se le entreguen los bienes bajo inventario, tomándose, tanto del nombramiento de administrador, como de la declaración de ausencia, anotación en el Registro de la Propiedad si existen inmuebles. ¿Todas las personas llamadas a la administración están obligadas a prestar fianza? Como se llama al desempeño de esta administración a las mismas personas designadas para la tutela de los locos, y tienen análogas facultades, deben ser también análogas las obligaciones, por lo que es aplicable el art. 260, que excluye de este deber al padre, a la madre y a los abuelos; los hijos también deben estar excluidos, no sólo por el interés que hay que suponer tengan en conservar los bienes, sino porque, en definitiva, para ellos han de ser, por su cualidad de herederos forzosos; y respecto al cónyuge, también debe estar relevado de esta obligación por la participación que tiene en la sociedad de gananciales y el deber de levantar las cargas de la conyugal. Ahora bien, si el cónyuge o los hijos son menores, hay que nombrarles un tutor, y entonces es éste, y no aquéllos, el que debe prestar la fianza; así es que sólo a los hermanos, a los parientes más lejanos y a los extraños, es aplicable el art. 2.040 de la ley Rituaria civil.

Finalmente, ¿es retribuido el cargo de administrador y en qué cuantía? Nada dispone el Código acerca de este punto, pero tanto por la analogía tan repetida con los tutores, como por lo ordenado en el art. 2.042 de la ley de Enjuiciamiento civil, es retribuido, no debiendo bajar del 4 ni exceder del 10 por 100 de la renta de los bienes, pudiendo, entre estos límites, fijar el Juzgado la retribución que estime conveniente.

SANCHEZ ROMAN, BURON y DE DIEGO opinan que corresponde al administrador todos los frutos en concepto de premio, ya que el art. 190 impone, al cesar la administración, la

obligación de entregar los bienes, no los frutos percibidos, y el 194 expresamente niega al ausente el derecho de reclamar frutos y rentas. Pero—como dice muy bien el ilustre maestro CASTAN, en su obra citada—esta argumentación carece de solidez, pues ni es suficientemente claro el sentido que se atribuye al art. 190, en su último párrafo, ni cabe invocar por analogía el art. 194, cuya hipótesis es la de una posesión de buena fe más que la de una simple administración de bienes. PEREZ GONZALEZ y ALGUER, abundando en este criterio, dicen que el art. 190 no excluye la entrega de los frutos por el solo hecho de no mencionarlos, ya que los mismos pertenecen al propietario, según el art. 354, y aunque el 194 diga expresamente que el ausente «no podrá reclamar frutos ni rentas», afecta solamente al caso de presunción de muerte que trae, como consecuencia, la apertura de la sucesión; y en tales condiciones no cabe establecer paralelismo entre la simple administración y un supuesto de posesión de buena fe, que se rige por el art. 451 del Código civil.

Una sola excepción tiene este punto de la retribución, y es cuando la administración la ejerza el cónyuge, dado que, como éste está obligado a aplicar los frutos y rentas en el levantamiento de las cargas matrimoniales, carece de razón de ser el fijarle remuneración, puesto que hace suyos todos los frutos para aplicarlos a dicha finalidad; y por esto mismo está exceptuado de la rendición de cuentas.

* * *

El administrador nombrado desempeña su cargo sin limitación de tiempo, pues dependiendo del hecho de la ausencia, mientras dure ésta tiene que subsistir aquél. En evitación de dudas y confusiones, dispone el art. 190: «La administración cesa en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Cuando comparezca el ausente por sí o por medio de apoderado. 2.º Cuando se acredite la defunción del ausente, y comparezcan sus herederos testamentarios o abintestato. 3.º Cuando se presente un tercero, acreditando, con el correspondiente documento, haber adquirido por compra u otro título los bienes del ausente. En estos casos cesará el administrador en el

desempeño de su cargo, y los bienes quedarán a disposición de los que a ellos tengan derecho.»

Este artículo es copia casi exacta del 2.043 de la ley de Enjuiciamiento civil, el que literalmente dice así: «Se sobreseerá en estos procedimientos, cualquiera que sea el estado en que se hallen: 1.º Cuando comparezca el ausente, por sí o por medio de apoderado. 2.º Cuando se adquiriera noticia cierta de su existencia y paradero. 3.º Cuando se acredite la defunción del ausente y comparezcan sus herederos testamentarios o abintestato. 4.º Cuando se presentare un tercero, acreditando, con el correspondiente documento, haber adquirido por compra u otro título los bienes del ausente. En estos casos, si estuviere nombrado el administrador, cesará en su cargo, poniendo los bienes a disposición de los que a ellos tengan derecho.»

A simple vista se observó una diferencia de redacción entre ambos preceptos, dado que, según el Código, *cesará el administrador*, y según la ley Procesal, *se sobreseerá en los procedimientos*; pero esta diferencia de expresión es propia del distinto carácter de una y otra legislación, alegando MANRESA que la ley se refiere al caso en que se hallen pendientes los procedimientos, puesto que ordena se sobresea en ellos, y el Código al en que aquéllos estén terminados por la declaración de ausencia, que ha de preceder al nombramiento de administrador. Con el respeto que tan insigne comentarista nos inspira, sostenemos la opinión contraria, dado que la ley, al ordenar el sobreseimiento, dice que así se practicará *cualquiera que sea el estado en que se hallen los procedimientos*, esto es, bien durante la tramitación de la declaración de ausencia, o ya efectuada ésta, probándolo también el último párrafo al ordenar que cese el administrador, si estuviere nombrado.

Es tan claro y evidente el núm. 1.º del art. 190, que no merece comentarse. En efecto, para que pueda declararse la ausencia, es requisito indispensable que no se tengan noticias del paradero ni existencia de una persona, y que no haya dejado apoderado, o transcurridos cinco años, constituyéndose entonces sus bienes en administración; pues bien, si el declarado ausente se presenta por sí o por medio de apoderado, desaparece la finalidad de dicha administración, porque ya ha dejado de ser ausente, debiendo cesar la administra-

ción, así como dejarse sin efecto la declaración de ausencia. Pero, ¿y si, sin comparecer, se adquiere noticia cierta de su existencia y paradero? Este es el caso segundo del art. 2.043, que fué suprimido por los autores del Código, los que, por lo visto, estimaron que no debía ser suficiente para cesar la administración la adquisición de dichas noticias, ante el temor de que pudiera suceder que quedasen abandonados los bienes. En virtud de esta supresión, no puede aplicarse en toda su pureza el artículo de la mencionada ley, pero como hay que tener presente que el Código sólo estudia y reglamenta *la ausencia en ignorado paradero*, creemos que, si después de declarada la ausencia y nombrado el administrador, estando éste ejerciendo su cargo, se adquiere noticia del paradero del ausente, debe dictarse auto sobreseyendo el procedimiento, y comunicarlo al ausente por medio de exhorto, poniendo al mismo tiempo los bienes a su disposición para que se haga cargo de ellos cuando comparezca por sí o por medio de apoderado, previa entrega, por el administrador, con rendición de cuentas, y siendo dicho sobreseimiento provisional hasta que no se efectúe la indicada comparecencia. Así es como deben armonizarse los arts. 190 y 2.043 citados. Si las noticias se adquieren mientras se tramita la declaración de ausencia, lo procedente es dictar un auto de sobreseimiento, en vista de los arts. 184 y 2.043, sin dar lugar a dicha declaración.

Cesa también la administración cuando se acredite la defunción del ausente, y comparezcan sus herederos testamentarios o abintestato; de modo que no es bastante el justificar la defunción, sino que es preciso, además, la comparecencia de los herederos, acreditando su cualidad de tales con copia auténtica del testamento o testimonio del auto de declaración de herederos, pues mientras no efectúen dicha comparecencia, presume el Código que se conforman con la gestión del administrador, y es preciso hacerlo así, además, para evitar que los bienes queden abandonados. La razón de cesar, en este caso, la administración, es porque el administrador ya no representa al ausente, por haber fallecido, y, o se confunde la personalidad del administrador con la de heredero, dados los llamamientos que hace el Código para desempeñar dicho cargo, o pasan los bienes a otra persona llamada por la ley

o por el testamento, con preferencia a los que hubieren desempeñado el cargo de administrador (1).

El último caso para que la administración cese es la presentación de un tercero, acreditando con el correspondiente documento haber adquirido por compra u otro título los bienes del ausente. Hay muchas legislaciones y autores que no admiten este caso, porque fácilmente se presta a cometer fraudes; y aunque esto es cierto, no puede incriminarse su legitimidad, dado que si el ausente enajena sus bienes, en uso de su perfectísimo derecho, desaparece la razón de ser del administrador, sustituyendo a éste, en el cuidado y conservación de los bienes, el adquirente; pero para ello es necesario que el título presentado por el tercero sea *auténtico y legítimo*, y claro es que, reuniendo estos requisitos, forzadamente tiene que surtir sus efectos, salvo que se pruebe su ilegitimidad.

En estos casos—termina el art. 190—cesará el administrador en el desempeño de su cargo, y los bienes quedarán a disposición de los que a ellos tengan derecho. Fundándose en esto, opinan SANCHEZ ROMAN, BURÓN y DE DIEGO, según hemos expuesto al tratar de la remuneración del administrador, en el examen del art. 187, que a éste le corresponden todos los frutos en concepto de premio, pues sólo se le impone la obligación de devolver los bienes. Se olvidan dichos tratadistas de que nuestro Código no concede, como el francés, una posesión provisional de los bienes, sino sólo una posesión que ejerce el administrador por su carácter de tal, pero no en provecho suyo, ni por sí, sino en representación del ausente, y para éste o para los que le sucedan; en el Código francés sí que tiene derecho a una parte proporcional de los frutos y rentas con relación al tiempo que el ausente estuvo sin aparecer, y que consiste en un quinto de aquéllos, si se presenta antes de los quince años; un décimo si es después de los quince, y la totalidad si no aparece hasta pasados treinta años (2).

Pero, dado el sistema de nuestro Código, la retribución que corresponde al administrador que, según hemos dicho, es

(1) MARRAS, obra y tomo citados.

(2) COLLIN et CAPITANT, L. VIII.

del 4 al 10 por 100 de los frutos y rentas, y la analogía con que regula aquél este cargo con relación al de tutor, es indudable que cuando cese la administración debe, no sólo entregar los bienes a las personas que a ello tengan derecho, sino también rendirles cuentas de su gestión, haciéndoles al propio tiempo entrega de los frutos y rentas líquidas que los bienes hubiesen producido, deducida la parte proporcional fijada por el Juzgado como retribución suya.

B. *Efectos con relación a la autoridad marital y patria potestad ejercidos por el ausente.*

Así como en la ausencia presunta se limita el Código a adoptar medidas provisionales en garantía de los derechos y bienes del ausente, pero sin influir para nada—por dominar la presunción de vida de éste—en el régimen económico de la familia y en la capacidad jurídica de la mujer casada, la que queda sujeta a la autorización judicial en defecto de la licencia marital, en el segundo estado, o sea declarada la ausencia, se quebranta el principio de la autorización marital y poderosamente influye en la capacidad de obrar de la mujer casada, pudiendo ésta disponer libremente de sus bienes propios, según dispone el art. 188 que dice así: «La mujer del ausente, si fuere mayor de edad, podrá disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan; pero no podrá enajenar, permutar ni hipotecar los bienes propios del marido ni los de la sociedad conyugal, sino con autorización judicial.» La diferencia, por consiguiente, entre uno y otro estado, no puede ser más trascendental.

Ha habido autores que han censurado esta libertad amplísima concedida a la mujer en cuanto a sus bienes propios, alegando que, como la declaración de ausencia no destruye la sociedad conyugal—salvo que se solicite la separación de bienes o el divorcio, según exponeremos en el apartado C—, debe quedar ésta sujeta al principio general de la licencia marital, y como ésta no puede concederse, precisamente por la ausencia del marido, se debe sustituir por la autorización judicial, e invocan como precedente la ley 59 de Toro, inserta

en el tít. I, lib. X, de la Novísima Recopilación, la que facultaba a los Jueces para conceder a la mujer, con conocimiento de causa, la licencia que el marido hubiera de dar si éste se hallare ausente y no se esperase su próxima vuelta o corriese peligro en la tardanza, siempre que la venta fuese legítima y necesaria o provechosa para la mujer. No son convincentes las razones alegadas por los que tal opinión sustentan, ni son ciertos los peligros que para el marido ven, pues facultándose a la mujer para pedir la separación de bienes, privando así al marido de ejercer sus derechos sobre los de aquélla, menores tienen que ser las consecuencias con la facultad que se le concede en el presente artículo; además, si se exigiera la autorización judicial, se pondría en contradicción el Código consigo mismo, toda vez que, llamándola en primer lugar a ejercer la administración, para cuyo cargo se exige la necesaria capacidad, sería un contrasentido que se le confiriera la administración y se le pusieran al mismo tiempo cortapisas a su capacidad de obrar, aparte de lo costoso y dilatorio que sería obtener dicha autorización, cuando se viera obligada a disponer de sus bienes por razón de necesidad o notoria conveniencia.

Esta facultad sólo se otorga a la mujer mayor de edad; ¿y si fuere menor? CASTAN dice—en su obra citada—que parece que también podrá disponer libremente de sus bienes con consentimiento del padre, de la madre o del tutor, sin necesidad de la licencia marital que en casos ordinarios se exige.

Con arreglo a la primera parte del artículo que examinamos, la mujer mayor de edad puede disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan, esto es, sean muebles o inmuebles, dotales o parafernales. Esto es clarísimo y no deja lugar a dudas, pero como, por desgracia, nuestro legislador no siempre sigue un sistema lógico y coordinado, existe una antinomia, una contradicción evidente, entre esta disposición y el art. 1.444, el que ordena que la mujer no podrá enajenar ni gravar durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, *ni aquellos cuya administración se le haya transferido*. Aquí tenemos dos artículos que ordenan cosas distintas; el 188 permite disponer a la mujer de sus bienes propios libremente, mientras que el 1.444 exige para

ello licencia judicial. ¿Cuál debe aplicarse? O sea, ¿podrá o no podrá la mujer del ausente enajenar sus bienes propios sin licencia judicial? Estamos en un todo conformes con la opinión de CASTAN, que explica admirablemente esta materia, en el tomo II de su obra citada, haciendo las siguientes distinciones:

Si se trata de bienes parafernales, administrados por la mujer con anterioridad, puede resolverse la cuestión sin dificultad, pues no afectando a esos bienes la regla del artículo 1.444, ya que no ha habido transferencia, se regirán exclusivamente por el art. 188.

Si, siendo dotales o parafernales, cuya administración se haya transferido a la mujer, ha recaído además separación de bienes, se puede suponer—con buena voluntad—que sólo es aplicable al caso el art. 1.444, pues el 188 parece referirse a aquel en que no haya precedido dicha separación.

Si son dotales o parafernales cuya administración se haya devuelto a la mujer y no hay separación de bienes, pero se trata de bienes muebles, todavía puede evitarse la antinomia suponiendo que el art. 1.444 no comprende los bienes muebles.

Pero cuando se trate de bienes inmuebles propios de la mujer, cuya administración le haya sido devuelta, sin haber separación de bienes, no hay modo de evitar la antinomia, pues no puede imaginarse que el art. 188 se refiere sólo a los parafernales cuya administración hubiere conservado la mujer, porque habla de «los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan».

Palpable, pues, la contradicción, opta, siguiendo a MANRESA, por el 188, con muy buen criterio, dado que el 1.444 es una disposición general, mientras que aquél es especialísimo para una causa determinada, cual es la ausencia, siguiendo el criterio de que lo general cede ante lo especial.

PEREZ GONZALEZ y ALGUER explican esta contradicción distinguiendo dos supuestos: de simple administración, y de separación de bienes. En el primer supuesto, es más restrictivo el art. 188 que los 1.442 y 1.444, pues mientras aquél exige que la mujer obtenga autorización judicial para disponer de los bienes propios del marido y de los de la sociedad conyugal, sin distinguir la clase de bienes, los últimos limitan la necesidad de la autorización a los inmuebles y valores, con

lo que resulta que la mujer, según el art. 188, no puede disponer de los bienes *muebles* del marido o que formen parte de la sociedad de gananciales, antinomia que resuelven dichos tratadistas aplicando los citados arts. 1.442 y 1.444, para que la mujer pueda disponer libremente de los citados bienes muebles, por ser la solución más racional, y la que mejor se acomoda al sistema de nuestra vigente Constitución, pues los predicados de equiparación de derechos entre cónyuges que sienta la misma, añazan más la ineficacia de restricciones de capacidad de la mujer, en casos en que, como el presente, serían contraproducentes e inútiles.

En cuanto a los bienes propios de la mujer, puede ésta disponer, según el art. 188, libremente de los dotales y parafenales, muebles o inmuebles, y, conforme al art. 1.444, necesita autorización judicial para disponer de inmuebles y valores que tengan carácter dotal o parafenal: ambos tratadistas opinan que debe prevalecer el criterio de libertad de disposición del art. 188, porque la frase «ni aquellos cuya administración se le haya transferido», contenida en el artículo 1.444, puede interpretarse—cuando se trata de ausencia—refiriéndola solamente a los bienes cuya administración se transfiere a la mujer sin ser de su pertenencia, o sean los propios del marido o de la sociedad conyugal no disuelta, pues para los bienes propios de la mujer existe ya la regla especial del art. 188. Frente a tal solución cabrá objetar acaso que la posición de la mujer del ausente es más libre que la del pródigo, interdicto, incapaz, etc., pero esta desarmonía en el sistema sólo podría corregirse mediante la *interpretatio abrogans* del art. 188, que sometiera el caso de la mujer del ausente a las reglas generales del cap. VI, tit. III, lib. IV, del Código civil.

En el segundo supuesto, o de separación de bienes, opinan dichos tratadistas que se plantea el mismo problema en cuanto a los bienes que, por virtud de la separación, correspondan a la mujer, o sean, los resultantes de la liquidación de la sociedad de gananciales a favor de la mujer, añadiendo que a tales bienes no es aplicable el art. 188 quedando sujetos a la regla del 1.444, aunque ello representa un contrasentido que sólo desaparecería en virtud de la *interpretatio abrogans* antes indicada.

El segundo apartado de este artículo exige que la mujer obtenga autorización judicial para la enajenación o gravamen de los bienes propios del marido o de la sociedad conyugal, en lo que no existe ninguna contradicción con el 1.444.

Otro efecto que produce la declaración de ausencia es transferir a la mujer la administración de los bienes del matrimonio, según el núm. 2.º del art. 1.441, teniendo, respecto a éstos, idénticas facultades y responsabilidad que el marido cuando la ejerce, pero siempre con sujeción a lo dispuesto en el art. 1.444 (art. 1.442), preceptos que corroboran lo establecido en el art. 187.

Por consiguiente, además de las facultades que le confiera el Juez, y de lo dispuesto para los tutores, tiene la mujer, cuando ejerce la administración por ausencia de su marido, las mismas facultades y obligaciones que éste, pero con dos clases de limitaciones: una legal, derivada del art. 188, toda vez que opinamos que éste es preferente al 1.444; y otra judicial, que consiste en las que el Juzgado pueda imponerle al conferirle la administración, en vista de las circunstancias especiales que concurren en cada caso concreto.

También influye la declaración de ausencia en la patria potestad, pues es causa de suspensión de ésta (art. 170); y si la patria potestad no pasa a la madre, hay que proveer de tutor a los hijos, por aplicación del art. 186.

Igualmente influye en la paternidad, dato que—insistiendo en lo que sobre este punto consignamos al tratar de los efectos de las medidas provisionales, en el cap. V—si la mujer da a luz un hijo después de transcurridos trescientos días de la ausencia de su marido, o, mejor dicho, de su desaparición, este hijo nace fuera de la presunción de legitimidad que establece el art. 108, y, por lo tanto, no puede considerarse como legítimo; pero, dada la redacción del citado artículo, es dudoso que se pueda aplicar este criterio en toda su pureza, puesto que establece una presunción de derecho, fundada en el principio romano *Pater est quem nuptiæ demonstrant*, y contra la misma sólo se admite la prueba que menciona el citado artículo, y el 109 ordena categóricamente que «el hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera», teniendo establecido la Dirección general de los Regis-

tros, en Resolución de 28 de Octubre de 1915, que ha de hacerse constar en el acta la cualidad de legítimo, aunque la madre declare que no lo es, por hallarse su marido ausente muchos años, en cumplimiento de dichas disposiciones, y en lo establecido en el art. 52 de la ley del Registro civil, que prohíbe, constante el matrimonio, se exprese en el Registro civil declaración alguna contraria a su legitimidad, mientras no lo disponga el Tribunal competente en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. De modo que, con sujeción a estas disposiciones, si la mujer del ausente tiene un hijo después de declarada la ausencia del marido, este hijo debe inscribirse como legítimo, hasta tanto que por el padre no se impugne la legitimidad, y como el plazo máximo que a éste se le concede para dicha impugnación es el de seis meses (artículo 113), y los herederos sólo pueden hacerlo (art. 112) cuando ha muerto aquél, resulta que se consagra una injusticia, agravada por el 111, que literalmente dice: «El marido o sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido.» Aun aceptando la opinión de VALVERDE y DE DIEGO, que entienden que este artículo lo que ordena es que si el hijo nacido en esas condiciones es inscrito como legítimo (lo que no puede menos de suceder, constante el matrimonio), le basta al marido o a los herederos con desconocer la legitimidad, sin necesidad de impugnarla, es lo cierto que, tanto para el ejercicio de la acción de impugnación, como para la de desconocimiento, es necesario que el marido las ejerza personalmente, y, en caso de fallecimiento, sus herederos, y de este modo resulta lo siguiente. Si declarada la ausencia del marido, la mujer tiene un hijo y lo inscribe como legítimo, aquél no puede ni impugnar ni desconocer la legitimidad, según los plazos en que el nacimiento haya tenido lugar, a tenor de los arts. 108 y 111, precisamente por su ausencia; y tampoco pueden hacerlo los herederos, pues para ello es preciso que justifiquen el fallecimiento del marido, con lo que se consuma una tremenda injusticia, y como esto no pudo ser el propósito del legislador, creo que la solución de la cuestión planteada

es reconocer a los herederos la facultad de impugnar la legitimidad sin necesidad del fallecimiento del marido, bastando para tenerles por parte, la presentación del testimonio del auto de declaración de ausencia, o de la adopción de las medidas preventivas, y si los herederos fuesen menores de edad, con justificación de este requisito, facultad para el ejercicio de dicha acción a los padres del desaparecido, para evitar la iniquidad de hacerle pasar por padre de un hijo que no ha podido ser su hijo.

Esto se evitaría con prescribir que, una vez adoptadas las medidas preventivas, y mucho más en la ausencia declarada, se dirigiese orden al correspondiente Juzgado municipal en que estuviese inscrito el matrimonio, para que se anotaran preventivamente dichas adopción y declaración, con expresión de la fecha de la desaparición que resultase probada en el expediente, prohibiendo hacerse constar la legitimidad de los hijos del matrimonio si, dada dicha fecha, estaban fuera de la presunción del art. 108.

Esta modificación se impone porque, aunque el art. 43 de la vigente Constitución de la República ordena que «no podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción ni en filiación alguna», el Decreto de 3 de Febrero de 1932, desarrollando este precepto, establece en su art. 2.º que, cuando por los datos existentes en el Registro civil, conste al encargado del mismo el matrimonio de los padres, *se consignarán* en la inscripción de nacimiento todos los datos comprendidos en la circunstancia sexta del art. 48 de la ley de 17 de Junio de 1870, o sean, los nombres, apellidos, etc., de los padres; con lo que no se evita el peligro de una atribución injusta y desmoralizadora de la paternidad, que desaparecería con la apuntada modificación.

Finalmente, la declaración de ausencia influye también en la capacidad de adopción, pues para ésta exige el Código, en su art. 174, el consentimiento de ambos cónyuges, y mal puede prestarlo el que está ausente.

C. *Efectos con relación a la sociedad matrimonial.*

Los efectos de este grupo que la declaración de ausencia produce, son los que podemos llamar mediatos o indirectos, porque no surgen, como los de los dos precedentes grupos, inmediatamente, sino que sólo conceden un título para solicitarlos, un derecho que puede o no ejercitarse, según la voluntad del cónyuge presente. Son de dos clases: separación de bienes y divorcio.

Separación de bienes.—Es muy difícil definir la separación de bienes, precisamente por la variedad de formas y modalidades con que la regulan las legislaciones. BURON dice que es el reconocimiento de la propiedad exclusiva de cada cónyuge en los bienes aportados al matrimonio, así como en los adquiridos durante el mismo, con la obligación de contribuir proporcionalmente a sostenimiento de sus cargas.

En nuestro Código civil existen las siguientes clases de separación de bienes: *Absoluta y relativa*, caracterizándose la primera en el dominio y administración por separado de los bienes de cada cónyuge y contribución proporcional; y la segunda, o *relativa*, por haber separación de dominio, pero unidad de administración. Puede ser también *anterior y posterior al matrimonio*; y por su modo de establecerse se divide en *convencional*, que es la estipulada en las capitulaciones matrimoniales; *legal*, que es la que se impone por vía de pena a los que se casan infringiendo las prohibiciones impuestas para contraer matrimonio; y *judicial*, que es la solicitada por los cónyuges y decretada por el juez en virtud de esta causa (De Diego).

La separación judicial—única que nos interesa—está consagrada en el art. 1.443 de Código civil, el que autoriza al marido y a la mujer para solicitarla, y deberá decretarse, entre otros casos, cuando el cónyuge del demandante hubiere sido declarado ausente, bastando para decretarla la presentación de la sentencia firme que haya recaído contra el cónyuge ausente.

Este precepto se olvida de que se declara la ausencia por

auto, y, claro es, lo que habrá que presentar es testimonio del auto firme de declaración de ausencia; con esto, y la oportuna instancia solicitando la separación, es bastante, según este artículo, para decretarla. Pero esta claridad la nubla el 1.437 al disponer que la *demand*a de separación y la *sentencia* firme en que se declare, se deberán anotar e inscribir respectivamente en los Registros de la Propiedad que correspondan, si recayero sobre bienes inmuebles. ¿Es que es necesario seguir un pleito para obtener la citada separación? Creemos, con MANRESA y SANCHEZ ROMAN, que no, pues sólo se trata, en realidad, de una ejecución de sentencia o auto firme, por lo que es suficiente el procedimiento indicado, sin perjuicio de practicar la inscripción ordenada en el art. 1.437. MICHES SCAEVOLA opina, por el contrario, que la separación de bienes por causa de ausencia debe solicitarse y decretarse en acto de jurisdicción voluntaria, por los trámites señalados en los artículos 1.811 y sigs. de la ley de Enjuiciamiento civil; como se ve, no hay, en realidad, ninguna diferencia entre este eminentemente tratadista y la opinión antes expuesta.

¿Qué efectos produce esta separación? Son de tres órdenes: generales, especiales cuando la solicita el marido, y especiales cuando la solicita la mujer.

Los *efectos generales* son: Queda disuelta la sociedad de gananciales, practicándose su liquidación conforme a lo establecido por el Código; tanto el marido como la mujer deberán atender recíprocamente a su sostenimiento durante la separación y al sostenimiento de los hijos, así como a la educación de éstos, todo en proporción de sus respectivos bienes (art. 1.434). Claro es que en el caso de ausencia, que es del que nos ocupamos, no se puede atender al sostenimiento recíproco de los cónyuges, porque precisamente el ignorado paradero de uno de ellos es la causa de la separación; pero sí se debe cumplir lo ordenado para los hijos por el cónyuge presente y el representante del ausente. Otro efecto es que no perjudica dicha separación a los derechos adquiridos con anterioridad por los acreedores (art. 1.438); esto es, que la separación no puede tener efectos retroactivos, pero sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria, ni de lo establecido respecto de las acciones rescisorias, cuando los bienes que puedan reclamarse se hallen legalmente en poder de ter-

ceras personas que los poscan con buena fe. Otro efecto general es que la separación no autoriza a los cónyuges para ejercitar los derechos estipulados en el supuesto de la muerte de uno de ellos, ni los que se les conceden en los arts. 1.374 y 1.420, pero tampoco les perjudica para su ejercicio cuando llegue aquel caso, salvo lo dispuesto en el art. 73 (art. 1.440), cosa perfectamente lógica, porque el lecho cotidiano y las ropas y vestidos del uso ordinario de éste y de los esposos, sólo se entregan en caso de fallecimiento de uno de ellos, y lo dispuesto en el art. 73 no tiene aplicación al caso de ausencia, porque en ésta no hay cónyuge culpable ni inocente. Y, últimamente, otro efecto general es que pueden venderse bienes recíprocamente, por autorizarlo así el art. 1.458.

Los *efectos especiales cuando solicita la separación el marido*, los determina el art. 1.435, que dice así: «La facultad de administrar los bienes del matrimonio, otorgada por este Código al marido, subsistirá cuando la separación se haya acordado a su instancia; pero no tendrá la mujer en este caso derecho a los gananciales ulteriores, y se regularán los derechos y obligaciones del marido por lo dispuesto en las secciones segunda y tercera, cap. III, de este título.» Subsiste, por consiguiente, en el marido, la facultad de administrar los bienes del matrimonio, y aun cuando los tratadistas discuten con empeño sobre qué debe entenderse por *bienes del matrimonio*, prescindimos de exponer las distintas teorías formuladas, dado que, con arreglo al art. 187, se incluyen en dicha frase todos los bienes de la mujer, tanto dotales como los gananciales que por resultado de la liquidación le hayan correspondido, así como los parafernales entregados al marido, y los que se hubiese reservado la mujer ausente; y ésta no tiene derecho a lo que el Código llama gananciales ulteriores, o sea, las nuevas ganancias que, después de practicada la liquidación, resulten procedentes del capital propio y del ajeno que usufructúa y administra el marido, porque estas ganancias o rentas las hace suyas él, no fijándosele por eso retribución—cual se explica en el estudio del art. 187—en atención a la obligación que tiene de levantar las cargas matrimoniales. ¿Y si el marido necesita enajenar o gravar los bienes propios de la mujer ausente? Como la mujer, a pesar de ser la propietaria, no puede intervenir por su ausencia, y el marido, por sí

solo, no tiene facultad para realizar actos de enajenación y gravamen, debe considerarse como menor de edad a aquélla, y aplicarse, por analogía, el art. 1.361, con la pertinente autorización judicial.

Si la mujer solicita la separación por la ausencia del marido, entrará—dice el art. 1.436—en la administración de su dote y de los demás bienes que por el resultado de la liquidación le hayan correspondido. Pero, ¿quién administra los bienes propios del marido y los que por resultado de la liquidación hayan correspondido a éste? Indudablemente los administra también la mujer, pues el art. 187, en relación con el 188, otorga la administración del marido ausente a la mujer, y, según hemos visto en el estudio de dichos preceptos, ésta administra, no sólo sus bienes propios, sino también los del marido, confirmando el art. 1.441, núm. 2.º, al ordenar que se transfiera a la mujer la administración de los bienes del matrimonio cuando solicite la declaración de ausencia de su marido.

¿Tendrá derecho a lo que el Código llama gananciales ulteriores, con exclusión de su marido? La contestación afirmativa se impone, no sólo porque el art. 1.442 le concede las mismas facultades y le impone idénticas responsabilidades que al marido cuando ejerce la administración, sino también porque éste, cuando administra en caso de separación por ausencia de su mujer, hace suyos dichos gananciales ulteriores, según se explica anteriormente, y siendo iguales ambos casos, debe ser también igual la regla de derecho aplicable.

Para enajenar o gravar los bienes propios del marido, necesita la mujer autorización judicial, por exigencia del artículo 188.

¿Qué diferencia existe entonces entre la administración de la mujer por la declaración de ausencia de su marido, y por la separación de bienes decretada a instancias de aquélla? Sólo una, y de bastante importancia. En el primer caso, o sea, si no se pide la separación, la sociedad de gananciales subsiste, por lo que, sin perjuicio de que la mujer hace suyas las rentas y frutos, para cumplir sus obligaciones, al disolverse y liquidarse dicha sociedad, se dividen por mitad todos los gananciales existentes, cualquiera que sea la fecha de su adquisición, resultando que el ausente o sus herederos se be-

refician con el trabajo y economías desplegadas por la mujer administradora; mientras que si existe separación, como al decretarla hay que liquidar la sociedad, se dividen por mitad todos los gananciales existentes en la fecha de la liquidación, pero no los nuevos bienes que se adquirieran por la mujer con posterioridad a dicha liquidación, los cuales le pertenecen a ella exclusivamente.

Por último, la separación *cesa*—según el art. 1.439—por desaparición de la causa que la motivó, o sea, en el caso de ausencia, por comparecer éste por sí o por medio de apoderado, o acreditarse su defunción. Para producirse este efecto, dice MANRESA, no se exige juicio alguno, ni intervención de la autoridad judicial; y dice bien, porque aunque la separación se inscribe en el Registro de la Propiedad, basta que se presente en el mismo la escritura pública que los cónyuges deben otorgar al tiempo de reunirse, y en la que harán constar los bienes que nuevamente aporten, los que serán los que integran el capital propio de cada uno, que será considerado como nueva aportación, aunque en todo o en parte sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de la separación, advirtiéndole que los bienes del matrimonio volverán a regirse por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ésta se hubiere ejecutado legalmente, a fin de cumplir el art. 1.320, que prohíbe alterar las capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio. Pero si la separación *cesa* por comparecer el ausente por medio de apoderado o por acreditarse su defunción, no estamos conformes, en estos casos, con la opinión de MANRESA, dado que es necesario la intervención judicial para dejar sin efecto la declaración de ausencia, a tenor del art. 190, ya explicado, por lo que se debe comparecer en los autos instruidos para decretar la separación de bienes con testimonio de la resolución firme revocando la declaración de ausencia, y esto es suficiente, con la pertinente solicitud, para dejar sin efecto la antedicha separación.

* * *

Divorcio.—El segundo de los efectos mediatos o indirectos que la declaración de ausencia produce, es la facultad de

solicitar y obtener el divorcio, tomando esta palabra en un sentido amplio, pues, con arreglo a nuestra legislación, son dos las acciones de este orden que puede solicitar el cónyuge presente contra el declarado ausente: el divorcio y la separación de personas y bienes. Estudiemos por separado cada una de estas dos instituciones, y los efectos que producen, refiriéndolos sólo al aspecto de la ausencia, única materia objeto de esta monografía.

El divorcio, bajo su aspecto civil—dice COBIAN—es considerado como una institución por medio de la que se rompe o disuelve voluntariamente el lazo matrimonial, viviendo los dos cónyuges, y deja a éstos en libertad de contraer nuevo vínculo (*Enciclopedia Jurídica Española*, tomo 12).

Es tradicional la clasificación del divorcio en dos grupos: el pleno o perfecto, que lleva consigo la disolución del vínculo (*divortium quoad vinculum*), y el menos pleno o imperfecto, que sólo produce la suspensión de la vida común de los casados (*divortium quoad thorum et habitationem*).

El divorcio en cuanto al vínculo ha sido objeto, y continúa siéndolo, de gran discusión entre los partidarios y los enemigos del mismo, y fruto de esto es la gran variedad que las legislaciones presentan en lo referente a su reglamentación, así como en lo relativo a la admisión de las causas productoras del mismo. Sin entrar en esta discusión, por ser materia ajena a la presente obra, sólo diremos que los principales sistemas que siguen los pueblos modernos son los siguientes:

1.º El de las legislaciones que rechazan en absoluto el divorcio, como sucede en Italia y en la mayor parte de las Repúblicas americanas.

2.º Las que lo rechazan para los católicos, como, por ejemplo, Inglaterra.

3.º Las que lo admiten aun por hechos que no tienen el carácter de falta, como los Estados Unidos de América; y

5.º Las que admiten el divorcio por mutuo consentimiento.

Nuestro Código civil sólo admitía el divorcio imperfecto, pues, según el art. 104, únicamente producía la suspensión de la vida común de los casados, para ser congruente con el artículo 52 que establece que el matrimonio sólo se disuelve por

la muerte de uno de los cónyuges; y las causas para solicitarlo las fijaba el art. 105, diciendo que eran las siguientes:

- 1.^a El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.
- 2.^a Los malos tratamientos de obra o las injurias graves.
- 3.^a La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.
- 4.^a La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
- 5.^a El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución; y
- 6.^a La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua.

Este sistema ha sido profundamente modificado por la ley de 2 de Marzo de 1932, que admite y reglamenta el divorcio vincular, tanto por consentimiento mutuo como por la concurrencia de alguna de las causas que establece en su art. 3.^o, así como la separación de personas y bienes sin disolución del vínculo. No es nuestro propósito hacer la crítica de esta ley, porque esto excedería los límites de nuestro trabajo; únicamente diremos que ha variado totalmente el sistema del Código civil, y que por la deficiente fórmula derogatoria que contiene se hace preciso estudiar con detenimiento los preceptos de una y otra, para poder deducir los que de éste han quedado subsistentes. Veamos la procedencia del divorcio y de la separación de bienes por causa de ausencia, y los efectos que, respectivamente, producen.

Declarada la ausencia de un cónyuge no puede pedirse el divorcio por mutuo disenso, pues el estado de la ausencia impide que puedan observarse los trámites ordenados en los arts. 63 a 67 de la ley, dado que exigiendo éstos la comparecencia de *ambos* cónyuges a la presencia judicial, esta comparecencia no puede realizarse, precisamente por la ausencia en ignorado paradero de uno de ellos. Pero sí puede instarse el divorcio vincular con arreglo al art. 3.^o, el que determina las causas de divorcio, estableciendo en su núm. 6.^o la siguiente: «La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al art. 186 del Código civil»; o sea, que

la computación de los dos años tiene que hacerse a partir del transcurso de los seis meses de haberse publicado la declaración de ausencia en los periódicos oficiales, que es cuando dicha declaración surte efectos, según el citado art. 186. Esta disposición ha modificado incluso la ley de Bases, que estableció que la presunción de muerte de un cónyuge no autorizaba al otro para contrar nuevo matrimonio, puesto que con la concesión del divorcio se autoriza al cónyuge presente, por la simple declaración de ausencia del otro, para contrar nuevas nupcias, bastando para ello que hayan pasado dos años desde que dicha declaración se hizo y se publicó en los periódicos oficiales.

Dados los principios que informan la institución de la ausencia en nuestro Código civil, sólo censuras nos merece el núm. 6.º del art. 3.º, antes copiado, pues si el fundamento de aquélla es estar equiparadas en la ausencia declarada las dos presunciones, de vida y de muerte del ausente, y si se parte de la consideración de que si éste no vuelve ni da a conocer su paradero, es por circunstancias superiores a su voluntad, interviniendo el legislador en garantía del mismo, ¿cómo se agrava su situación decretando su divorcio, cuando es lo casi seguro que su ausencia sea independiente de su voluntad? Por regla general, las causas que dan lugar al divorcio deben llevar consigo, e implicar, una falta voluntaria en el cónyuge demandado, y por eso la generalidad de las legislaciones no admiten la ausencia como tal causa, salvo—como dice COBIAN—que se convierta en la de *abandono malicioso*, y en un país como el nuestro, donde la emigración constituye una verdadera necesidad social, carcería siempre, dice el mismo autor, de razón de ser. Muy bien nos parece la causa quinta, o sea, el abandono culpable del cónyuge durante un año, pero la sexta no tiene razón de existir, porque por el solo hecho de la ausencia, no puede afirmarse la existencia de culpabilidad, requisito indispensable que deben reunir todas las causas de divorcio, como lo demuestra el mismo art. 3.º, dado que, incluso para la enfermedad, exige que haya sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrar el matrimonio, según expresa en los núms. 9.º y 10 de dicho artículo, y el art. 10 de la citada ley ordena que la reconciliación pone término al juicio que para el mismo se siga, lo que indica la

idea de culpabilidad, como lo revela la palabra *reconciliación*, que significa renovación de una amistad que se rompió, o reunión de los ánimos que estaban desunidos, esto es, que *haya habido una falta y se perdone*, falta que no es esencial que concorra en la declaración de ausencia, pues su existencia depende de las circunstancias que hayan rodeado a la desaparición del ausente. Sería, pues, de desear que desapareciera esta causa, por estar en pugna con los fundamentos de la ausencia y del divorcio.

Esta acción puede ejercitarse mientras subsista el estado de hecho que la motiva, o, lo que es lo mismo, que el cónyuge presente puede utilizarla mientras el ausente no comparezca por sí o por medio de apoderado, o se acredite su defunción, debiendo observarse en su ejercicio el art. 4.º y las reglas procesales establecidas en el cap. V de dicha ley, de las cuales sólo fijaremos nuestra atención en el art. 44, el que ordena que, una vez admitida la demanda de separación o de divorcio, el Juez adoptará, mientras dure el juicio, las disposiciones que fija, que son análogas, y sustancialmente las mismas, a las establecidas en el art. 68 del Código. Dada la forma imperativa con que está redactado este precepto, ¿debe el Juez, en todos los casos de divorcio, adoptarlas? En otro trabajo nuestro (1) hemos sustentado la negativa con relación a la causa 12 del art. 3.º de la citada ley, y la misma solución se impone en relación a la ausencia. En efecto, la primera medida que ordena el art. 44 es «separar los cónyuges en todo caso», medida—decimos en nuestro trabajo citado—que «tiene su precedente en las disposiciones canónicas, proclamando siempre la Iglesia el principio de que los cónyuges jamás podrán separarse por sí mismos, y análoga prescripción contenían las leyes 7.ª y 8.ª del tít. X de la Partida 4.ª, y el art. 84 de la ley de Matrimonio civil; tiene como fundamento esta regla el proteger a la mujer, y el deseo del legislador de equiparar la situación jurídica de los consortes, colocándolos en condiciones de no entorpecer o imposibilitar el desarrollo del juicio, como revela las palabras *en todo caso* con que la disposición termina, pues éstas se refieren, no a que haya de

(1) «La separación, de hecho, de los cónyuges como causa de divorcio», en *Revista de los Tribunales*, t. LXIII, págs. 233 y siga.

adoptarse esta medida en todas las causas justas de divorcio, sino que se debe decretar cuando se interponga la demanda, tanto si pide el divorcio el marido como si lo insta la mujer, pues la citada regla no tiene más finalidad ni objetivo que el proteger a ésta».

Ahora bien, si esto es su fundamento, ¿a qué adoptar una medida que exige como requisito previo e indispensable la ley, para poderse tramitar la acción? Mediante la ausencia están separados los cónyuges, y decretar esta separación de nuevo el Juzgado, sería una redundancia sin ninguna eficacia práctica.

Lo mismo opinamos con la segunda medida, o sea, «señalar el domicilio de la mujer»; esto es inaplicable cuando es ella la ausente, y si lo es el marido, hay que opinar igual, dado que si su fundamento es el de ser necesario para fijar la competencia y evitar dudas acerca de la legitimidad o ilegitimidad de la filiación, ni por una ni por otra razón es necesario adoptarla, puesto que los arts. 41 y 47 fijan la competencia y el modo de justificar el domicilio el cónyuge demandante; y respecto a la filiación, como para poderse interponer la acción de divorcio es preciso que hayan transcurrido dos años desde que la declaración surte efectos, es indudable que si la mujer presenta ya a luz un hijo, no puede ni suponerse siquiera que su padre sea el consorte ausente; finalmente, como la mujer ha de tener su domicilio, y éste ha de hacerlo constar en la demanda, es inútil fijárselo de nuevo.

La tercera medida no se puede aplicar en toda su pureza, pues, independientemente de la edad de los hijos, éstos tienen que quedar siempre al cuidado del cónyuge presente; y las cuarta y quinta son inaplicables, dado que si el marido es el ausente, como la mujer es la representante y administradora de los bienes, y disfruta en tal concepto de las rentas que produzcan éstos, no precisa el señalamiento de alimentos.

Y, por último, la quinta tampoco debe adoptarse, pues si el marido está ausente, mal puede molestar a su mujer, y si es ésta la constituida en ausencia, ni la cuarta ni la quinta son aplicables, porque han sido establecidas bajo la base de que están presentes los dos consortes.

Seguido el juicio de divorcio por todos sus trámites, y decretado el mismo por sentencia firme, ¿qué efectos produce? En cuanto a las personas de los cónyuges, éstos quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, con la particularidad de que la mujer del ausente no queda sujeta a la prohibición de esperar el transcurso de los trescientos un días que establece el núm. 2.º del art. 45 del Código; el declarado culpable en la sentencia, no puede contraer nuevas nupcias hasta que no pase un año, contado desde la firmeza de dicha sentencia, y, finalmente, los cónyuges divorciados pueden contraer nuevo matrimonio entre sí.

Respecto a los hijos, quedarán todos en poder del cónyuge presente, que será el único que tendrá sobre ellos la patria potestad, y, por consiguiente, su representación, y el usufructo y administración de sus bienes. Esto debe acordarse siempre en caso de ausencia, puesto que será muy raro y difícil —por no decir imposible— que se declare culpable al consorte presente, dado que, como aunque en estos juicios es parte el Ministerio fiscal, su oposición a la demanda es meramente formularia, no tiene aquél, en realidad, oposición, por ignorar el Ministerio público detalles íntimos de la vida matrimonial, que podrían ser determinantes de culpabilidad; y el acuerdo de los cónyuges, respecto a la situación de los hijos, no es posible por la ausencia de uno de ellos.

En cuanto a los bienes, queda disuelta la sociedad conyugal, practicándose su liquidación, y tanto el marido como la mujer, adquieren la libre disposición y administración de sus bienes propios, y de los que por resultado de la liquidación se les adjudique; los arts. 26, 27 y 28 de la ley, que tratan de estos efectos, son copia de los 1.439, 1.440 y número 3.º del art. 73 del Código civil, variando la frase «cuando cese la separación» por la de «cuando los divorciados contrajeran nuevo matrimonio», y como ya los hemos examinado en el primer apartado de este grupo, prescindimos de su estudio, remitiéndonos a lo que en dicho lugar decimos. Y, por último, el cónyuge divorciado no sucede abintestato a su ex consorte, ni tiene derecho a la cuota usufructuaria, ni al lecho cotidiano, ni vestidos de uso ordinario, puesto que entre los divorciados no media ningún vínculo de parentesco,

que es el fundamento del derecho sucesorio, considerándose, por consiguiente, como extraños.

Finalmente, respecto a alimentos, tiene derecho el cónyuge presente, cuando carezca de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia, a exigir una pensión alimenticia del culpable; si no se declara culpable a ninguno, ambos pueden exigirse recíprocamente alimentos. Esto es lo que dice la ley, pero no se ha tenido en cuenta por el legislador que el cónyuge presente es el representante del ausente y administrador de sus bienes, con las facultades que hemos explicado al estudiar los arts. 187 y 188 del Código, y, por consiguiente, no hay posibilidad legal de que tal pensión alimenticia se fije, por disfrutar el presente de todas las rentas que produzcan los bienes del ausente. Esta antinomia no existiría si el legislador hubiera establecido que al interponer la demanda, se le releve de la representación y administración que ostenta, pues hay que suponer que no ejercerá con escrupulosidad su cargo el que solicita el divorcio; así es que, en caso de ausencia, sólo puede acordarse la pensión alimenticia en ejecución de sentencia, pues una vez ésta firme, decretando la disolución del vínculo, no hay más remedio que relevar al cónyuge presente de la representación que ostenta del ausente, por haber dejado de ser consortes, y estar fuera, por ende, de los requisitos exigidos en los arts. 187 y 220 del Código; y nombrado el nuevo representante, debe ser pedida la pensión alimenticia, no al ausente, sino al nuevo administrador nombrado, como consecuencia del divorcio.

* * *

Separación de personas y bienes.—El cónyuge presente puede optar por solicitar, en vez del divorcio, *la separación de personas y bienes*, por autorizarse para ello el art. 36 de la ley que examinamos, necesitándose que concurren los mismos requisitos que para aquél e idénticas medidas preventivas; y acordada la separación, produce la separación de la vida común de los casados, pero los efectos son los mismos de los del divorcio en lo referente a los bienes del matrimonio, a la guarda de los hijos y a los alimentos. Esta separación puede elevarse a divorcio, a petición de cualquiera de los cónyuges,

cuando hubieren transcurrido tres años contados desde la fecha de la sentencia de la separación.

Como, por desgracia, la claridad no impera, por regla general, en nuestra legislación, nos encontramos que actualmente tenemos dos clases de separación de bienes: la regulada en el Código civil, y la establecida en la ley de Divorcio. Con arreglo a aquél, si la mujer es la ausente y el marido solicita la separación, éste continúa en la administración de los bienes de aquélla, según el art. 1.435, y si es a la inversa, ya hemos visto antes que se impone igual solución, y MANRESA lo razona diciendo: «Cuando la separación se solicita y obtiene, es potestativo en la mujer aceptar o no la representación del ausente, y encargarse o no de la administración; sin duda, atendiendo a que la transferencia de la administración de los bienes del marido es, desde luego, efecto de la ausencia, independiente de la separación de patrimonios, y a que esa administración recae en la mujer como representante de su esposo, cuando realmente lo sea, por aceptar su representación, el art. 1.436 omite este importante efecto de la separación en caso de ausencia; pero, con arreglo a los arts. 187 y 1.441, no hay más remedio que reconocer que, aun en el caso del art. 1.436, o sea, pidiendo la mujer la separación de patrimonios, le corresponde de derecho, en primer término, no sólo la administración de sus bienes dotales, sino también la de los bienes propios del marido y la de los gananciales que por resultado de la liquidación hubiesen correspondido a uno u otro de los cónyuges.»

¿Subsistirá esta representación y administración en el cónyuge presente cuando haya solicitado y obtenido la separación de personas y bienes con arreglo a la ley del Divorcio? Sin género de duda se impone la negativa, por las siguientes razones: Los efectos concedidos en esta ley son mucho más importantes que los establecidos en el Código, según se consigna anteriormente, porque el art. 24 dice que, tanto el marido como la mujer, adquieren la *libra disposición y administración de sus propios bienes*, y de los que por la liquidación de la sociedad conyugal se les adjudique; porque la regla sexta de las transitorias dispone que, cuando hubiere separación de los bienes de los cónyuges, decretada conforme al cap. VI, tit. III, lib. IV, del Código civil, por causa de di-

vorcio, si el marido hubiera conservado la administración de los bienes del matrimonio, la mujer podrá exigir que se liquiden y se la entreguen los bienes propios y los que la correspondan de la sociedad conyugal, observándose lo dispuesto en el art. 24. Esta regla modifica el art. 1.435 del Código, el que concede la administración al marido, no sólo por divorcio, sino también en caso de separación decretada a su instancia por ausencia de la mujer, y debe ser aplicada a la ausencia declarada, no sólo por existir identidad entre ambos casos, sino para poder cumplirse el art. 24, antes citado, que otorga la libre administración a los cónyuges separados, y mal podría realizarse si nos atenemos al Código; y, finalmente, éste exige, para que el cónyuge pueda ostentar la representación y administración del ausente, *que no esté legalmente separado*.

Por todo lo cual creemos que, decretada la separación con arreglo a la ley de Divorcio, por causa de ausencia, pierde el cónyuge presente la representación del ausente, y debe concederse ésta a las personas mencionadas en el art. 187, en relación con el 220 del Código, y por el orden que los mismos expresan.

Como se ve, la ley de Divorcio ha venido a involucrar los efectos de la declaración de ausencia, en cuanto a las relaciones matrimoniales, pues antes estaban perfectamente fijadas en el Código, originando pocas cuestiones, y hoy son nada menos que tres, y muy distintos, los efectos que dicha declaración produce: la separación de bienes del Código; el divorcio y la separación de personas y bienes. Todo por haber admitido como causa para pedir los dos últimos, la ausencia, pues, como tenemos dicho, ésta—salvo la *maliciosa*—no debe ser nunca motivo para el divorcio; y si es que el legislador estimó pertinente considerarla así, debió haber regulado con claridad sus efectos, para no introducir la desorientación en esta materia.

* * *

Los efectos estudiados se refieren al ausente casado; si es soltero o viudo, sólo le son aplicables los expuestos en el grupo A, o sea, los referentes a la administración de sus bienes, pues los de los dos grupos restantes, como es natural, carecen de finalidad y son inaplicables.

CAPITULO IX

Procedimiento o reglas procesales para declarar la ausencia.

¿Qué trámites deben seguirse para solicitar la declaración de ausencia de una persona? El Código ha modificado profundamente lo establecido en la ley de Enjuiciamiento civil, por lo que se hace preciso examinar cuáles preceptos de ésta se entienden subsistentes, y cuáles modificados por la reforma del Código.

Advertiremos, en primer lugar, que se aplica la misma regla de competencia que a las medidas provisionales, o sea, la 24 del art. 63 de la ley Rituaria, que atribuye dicha competencia al Juez del último domicilio que hubiere tenido el ausente en territorio español.

Se incoa el expediente por una solicitud—cuya tramitación se ajusta a las reglas generales de los actos de jurisdicción voluntaria—de la persona que sea *parte legítima* para deducirla, con arreglo al art. 185 del Código, el cual, como hemos explicado al hacer su examen, ha modificado el 2.031 de la ley Procesal, dado que no puede considerarse como parte legítima a cualquier pariente que pueda ser heredero abintestato del presunto ausente, sino únicamente las personas determinadas en el Código, o sea:

- 1.º El cónyuge presente.
- 2.º Los herederos instituidos en testamento, que presenten copia fehaciente del mismo.
- 3.º Los parientes que hubieren de heredar abintestato; y
- 4.º Los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado a la condición de su muerte.

¿Puede tener la consideración de parte legítima el Minis-

terio fiscal para deducir dicha solicitud, en defecto de las personas citadas, por su negligencia o imposibilidad para hacerlo? El art. 181 le concede esta facultad para solicitar la adopción de las medidas preventivas, pero el 185 nada dice, y este silencio origina la duda expuesta. En nuestra opinión debe resolverse negativamente, pues si el Código hubiera querido concederle esa facultad, lo habría consignado expresamente, como lo hace en el art. 181, no debiendo aplicarse a esta materia la interpretación analógica por el principio *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, y la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1900, que estatuye que «contra preceptos legislativos claros y terminantes, no son de estimar argumentos de analogía»; además, si bien con arreglo al núm. 5.º del artículo 2.º del Estatuto del Ministerio fiscal, tiene éste, entre otras atribuciones, la representación y defensa de los ausentes, es sólo hasta que se les provea de las instituciones tutelares precisas para la defensa de sus propiedades y derechos, por lo que, en cumplimiento de este precepto, debe solicitar las medidas provisionales, pero carece de razón de ser la petición por dicho Ministerio de la declaración de ausencia, toda vez que con aquellas medidas se garantizan los derechos e intereses del ausente, y no tiene ya por qué tomar la iniciativa en el segundo periodo, que escapa a su esfera propia de acción, puesto que éste, más que al ausente, beneficia a los presentes, y por esto la ley le concede su representación en las actuaciones judiciales.

Dicha solicitud se ha de fundar en que han pasado dos años, por lo menos, sin haberse tenido noticias del ausente o desde que se recibieron las últimas, y cinco en el caso de que aquél hubiera dejado persona encargada de la administración de sus bienes, que son los requisitos que exige el art. 184 del Código, y se ofrecerá información testifical para justificar los hechos comprendidos en los núms. 1.º y 2.º del art. 2.032, probándose que se es parte legítima con los documentos correspondientes, en sustitución de lo ordenado en el núm. 3.º del citado artículo. Si, como es natural, se pide en el mismo escrito la administración de los bienes, se acompañarán los documentos que justifiquen su parentesco con el ausente, y una relación de los bienes del mismo con expresión de la ren-

ta que produzcan, para cumplir el mencionado art. 2.032, ampliándose entonces a este extremo la información testifical. Esta se deberá practicar con citación y audiencia del Ministerio fiscal, y serán tres, por lo menos, los testigos, conocidos del Secretario judicial, valiéndose, en caso contrario, de testigos de conocimiento (art. 2.033); recibida la información testifical, se pasará el expediente por seis días al Ministerio fiscal para que emita dictamen referente a la procedencia o improcedencia de la declaración de ausencia, y sin más trámites dictará el Juez la resolución procedente por medio de auto, el cual, en el caso de acordarse la declaración de ausencia, ordenará que se publique esta declaración, llamando a la vez al ausente y a los que se crean con derecho a la administración de sus bienes, si aquél no se presentare, por medio de edictos, con el intervalo y término de dos meses cada uno, que se fijarán en el lugar del último domicilio del ausente y en el de los bienes, y se insertarán en la *Gaceta de Madrid* y *Boletín Oficial* de la provincia, con los requisitos que previene el art. 2.034, y con la prevención de que, transcurridos seis meses desde la publicación del primer edicto, se dé cuenta para resolver respecto a la administración. Finalmente, si los bienes estuvieren abandonados, en el mismo auto adoptará el Juez las medidas que estime necesarias para la seguridad y administración de los mismos, por aplicación analógica del párrafo segundo del art. 2.046.

Si durante la tramitación del expediente se da cualquiera de los supuestos mencionados en el art. 2.043, se sobrescribirá el mismo, sin darse lugar a la declaración de ausencia.

Una vez transcurridos los seis meses desde la publicación del primer edicto en los periódicos oficiales, que el art. 186 del Código fija para que surta efectos la declaración judicial de ausencia, y sin darse los supuestos del art. 2.043 de la ley Rituaría, dará cuenta el actuario, y el Juez acordará que se pase el expediente, con las solicitudes que se hubieran presentado, al Ministerio fiscal, por seis días, para que emita dictamen sobre el derecho de los reclamantes y la persona que corresponda la administración, por el orden establecido en el art. 187 del Código, que ha modificado el 2.035 de la ley adjetiva; y lo mismo se hará cuando sea uno sólo el que lo solicite y le pertenezca, según dicho artículo, no debiendo

aplicarse, por lo tanto, el 2.036, sino en cuanto esté en armonía con el 187 del Código, debiendo advertir que la administración no puede encargarse a dos o más parientes, como parece autorizar el repetido art. 2.036, pues equiparado el cargo de administrador al de tutor, debe aplicarse el art. 201 de dicho Código, o sea, que sólo puede ejercerse por una sola persona.

Si son varios los pretendientes a la administración, ordenan los arts. 2.037 y 2.038 que se les convoque a junta para que se pongan de acuerdo sobre su mejor derecho y sobre cuál de ellos haya de encargarse de la administración, y si resultare acuerdo, mandará el Juez que se lleve a efecto lo convenido. Creemos inaplicables estos preceptos, porque, dado lo terminante del art. 187, la administración recae, no en el que acuerden los pretendientes, sino al que le corresponda según el orden establecido en el art. 220; y como estos preceptos no pueden ser alterados por los aspirantes, lo procedente es considerarlos derogados, y, sea uno sólo, o varios los que soliciten la administración, una vez evacuado el dictamen fiscal se dictará auto, sin más trámites, confiriendo la administración y representación del ausente a quien corresponda, con las facultades, obligaciones y remuneración dichas al estudiar el art. 187, ordenándose en la parte dispositiva lo dispuesto en los arts. 2.040, 2.041 y 2.042, o sea, la prestación de fianza, excepto cuando el nombrado sean el cónyuge presente, los hijos, padres y abuelos, y la entrega de los bienes bajo inventario, formado con citación del Fiscal, una vez prestada aquélla, tomándose en el Registro de la Propiedad anotación preventiva de la declaración de ausencia y del nombramiento de administrador, y se fijará la retribución de éste, que será del 4 al 10 por 100 de la renta de los bienes, salvo que el nombrado sea el cónyuge, pues éste hace suyas todas las rentas. Si no hubiere parientes de los designados en el art. 220 del Código, el Juez hará el nombramiento de su libre elección; pero si existen, aunque no hubieran acudido a los llamamientos, debe conferírseles la administración y obligar al designado a que la acepte, a no ser que alegue y justifique excusa legítima de las establecidas para las excusas de los tutores; por último, si la mujer o el hijo a quien corresponda la administración fuese menor de edad, se acordará en el

mismo auto que se les provea de tutor, ordenando al Juez municipal que proceda a la constitución del Consejo de familia, y por éste a la de la tutela, y una vez nombrado el tutor, se le entregarán los bienes con las formalidades legales.

El nombramiento de tutor para la mujer presente menor de edad, sólo procede cuando carezca de padre y madre.

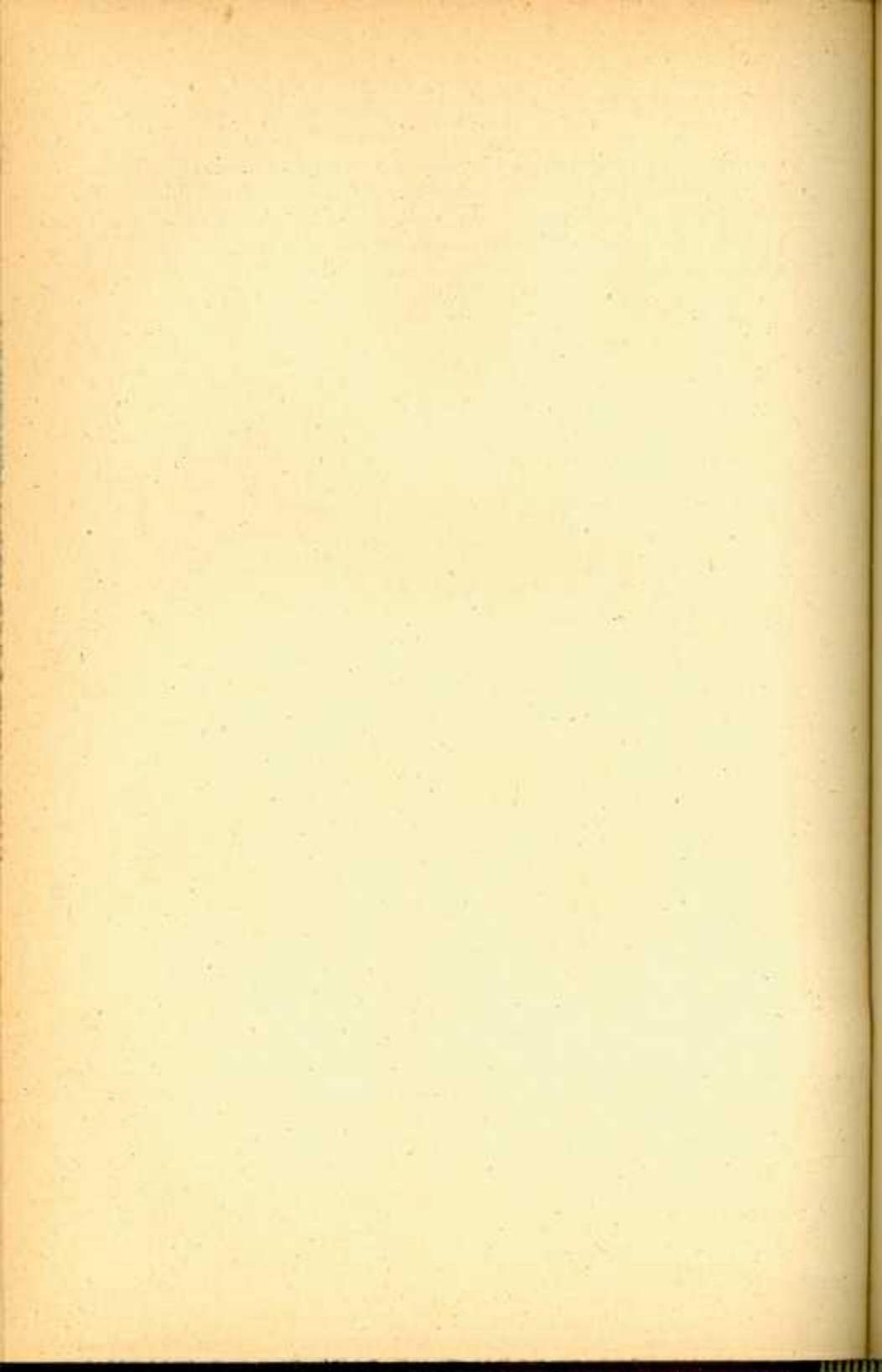
Si, por parte legítima, se hiciere oposición, fundada en no haber lugar a la declaración de ausencia, ni a los procedimientos fijados, se hará contencioso el expediente, y se sustanciará—dice el art. 2.046—por los trámites de los incidentes, pero no será obstáculo esta oposición para que el Juez adopte medidas de seguridad y administración de los bienes, si estuvieren abandonados.

Por el contrario, cuando la oposición se haga al nombramiento de administrador por incapacidad del que la solicite, o por pretender tener mejor derecho, no se suspende el expediente ni se hace contencioso, resolviéndose lo pertinente sin perjuicio del derecho de los demás interesados, del que podrán hacer uso en el juicio que corresponda a la cuantía de los bienes, cual ordena el art. 2.039 que, como exclusivamente procesal, rige en toda su integridad.

Por último, y para terminar el estudio de este capítulo, hay que tener presente que el art. 184 del Código autoriza al Juez a hacer la declaración de ausencia, pero, al igual que en las medidas preventivas, no impone el deber de hacer dicha declaración; por esto emplea la locución *podrá* en vez de *deberá hacer*, indicando dicho verbo que esta facultad es potestativa y no imperativa. THIBAudeau lo razona diciendo que tratándose de presunciones fundadas en probabilidades, sobre las que no cabe establecer principios fijos e inmutables, preciso es dejar al Juez el poder de apreciarla; por lo tanto, si en vista de las circunstancias que han de contribuir a formar su convicción, no estuviere plenamente probado, a su juicio, la idea de incertidumbre de vida del ausente, básica en la declaración de dicho estado, deberá dudarla, aun cuando haya transcurrido el plazo fijado en dicho artículo, pues se trata de hechos, y su apreciación hay que dejarla al prudente criterio de los Tribunales.

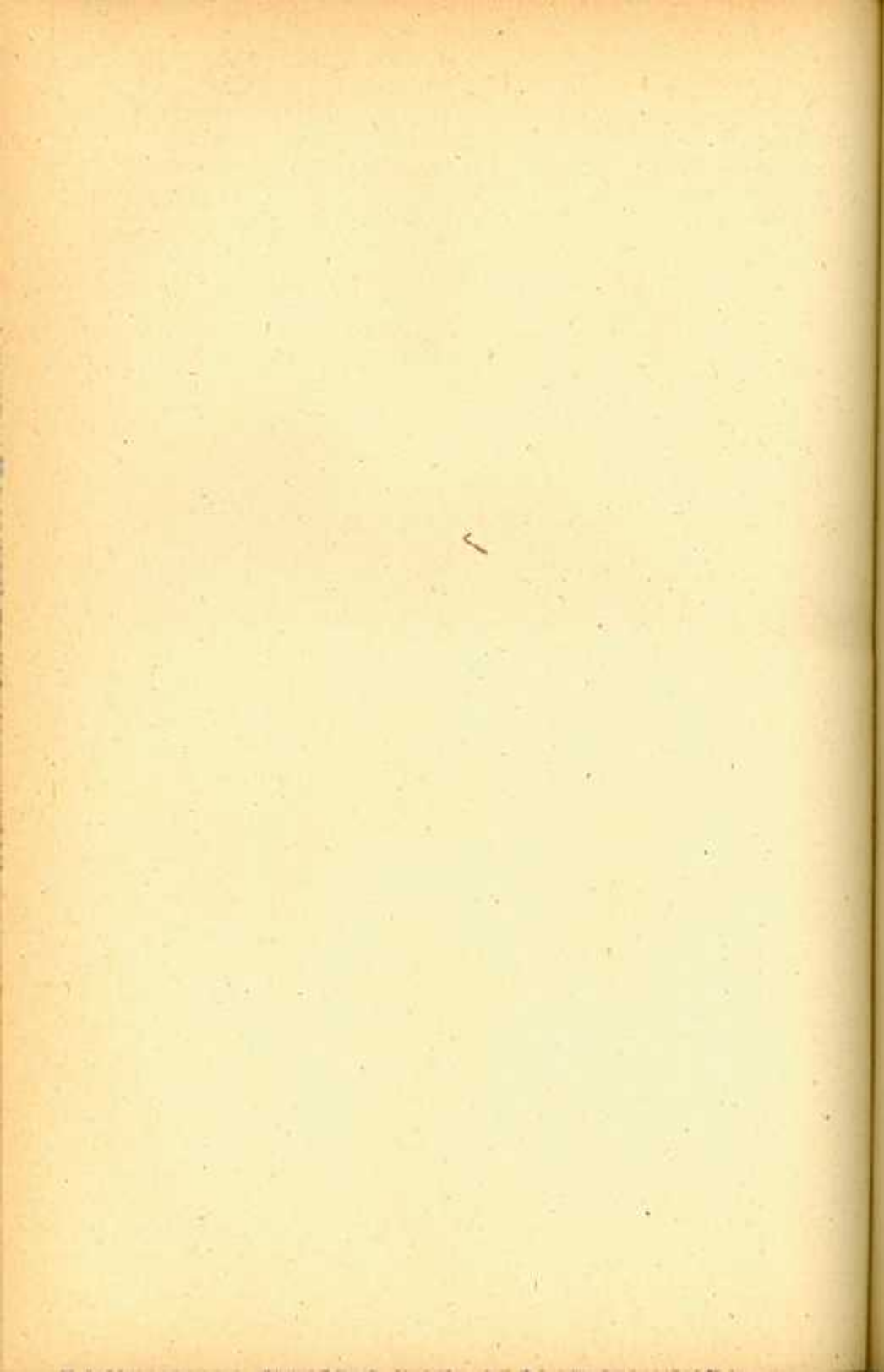
Como el divorcio y la separación de personas y bienes, regulados por la ley de 2 de Marzo de 1932, no son consecuen-

cia directa de la declaración de ausencia, sino un derecho que se concede al cónyuge presente para solicitarlos, y que puede o no hacer uso del mismo, no exponemos las reglas procesales para su tramitación respectiva por no tener lugar adecuado en el plan desarrollado en la presente obra.



TERCER ESTADO

PRESUNCION DE MUERTE



CAPITULO X

Fundamento de la presunción de muerte.—Requisitos para que pueda declararse.—Quiénes tienen la consideración de parte interesada.—Examen del artículo 192 del Código civil.

1. *Fundamento de la presunción de muerte.*—Llegamos al último período de los tres reconocidos por el Código en materia de ausencia, y en él los efectos tienen que ser muchísimo más importantes que en los dos anteriores, dado que equivale a considerar al ausente como desaparecido del mundo de los vivos. Así como en el segundo período o estado, las presunciones de vida y de muerte del ausente se equiparan, en el que es objeto del presente capítulo la presunción de vida desaparece, y se sustituye por la probabilidad de su muerte, probabilidad que se funda en dos factores: de un lado, el tiempo transcurrido sin conocerse noticia del ausente ni de su paradero, el cual, cuando es muy prolongado, hace concebir la sospecha racional de su muerte; y de otro, su edad, pues si excede de lo que se considera el término ordinario de la vida, se impone y arraiga la misma sospecha. «La presunción de muerte del ausente—dice SANCHEZ ROMAN—es un estado civil, que sigue fundado en la incertidumbre que acerca de la vida del ausente existe, en un grado mayor en este último período, toda vez que es muy racional presumir la muerte de personas que, por el tiempo considerable transcurrido sin noticias de su paradero, se hace racional y fundado el temor de su muerte. Pero no pasa de una mera hipótesis, a la cual la ley atribuye ciertos efectos de carácter probatorio, dando lugar a una verdadera presunción *juris tantum*, pendiente de

caducidad a toda hora por la prueba contraria al supuesto en que se funda.»

El fundamento de este período está en la necesidad de poner fin al estado jurídico que la ausencia crea, pues forzosamente tiene ésta que tener un límite, y se hace preciso acabar de una vez con la incertidumbre en que todo lo relacionado con la misma se halla. Si la personalidad del ausente se respeta en los dos primeros estados o períodos es porque se le presume vivo, y, por ende, es natural que el legislador dicte disposiciones que garanticen los derechos e intereses de aquél, y le nombre un representante, considerándole como presente, con las naturales limitaciones e indefectibles diferencias que de su ausencia nazcan; pero cuando esa presunción desaparece, cuando es natural y lógica la creencia de que el ausente ha muerto, se impone la desaparición de la ficción, y la declaración de su presunción de muerte, lo cual, como la misma palabra indica, no es la certeza del fallecimiento, sino una probabilidad, probabilidad que obliga a proceder en consecuencia, pues lo contrario sería establecer que sólo pueden morir los presentes, lo que carece de realidad y de sentido. Y es que, como dice BEDMAR y LARRAZ, la legislación aplicable a la ausencia sólo puede inspirarse en estos dos principios: si al ausente se le supone vivo, hay que respetar su personalidad jurídica; si cabe presumirle muerto, hay que extinguir su capacidad jurídica.

2. *Requisitos para que pueda declararse.*—El Código francés, al que tomé por modelo el nuestro, determina que, transcurridos treinta años desde la entrega provisional de los bienes o bien desde el nacimiento del ausente, se cancelan las fianzas y puede pedirse la posesión definitiva de la herencia y partición de los bienes (1), lo cual equivale a la presunción de muerte de nuestro Código, pero sin exigir la previa declaración de ésta para la entrega de los bienes.

Como exponemos en el cap. II, la ley 14, tit. XIV de la Partida 3.^a admitía la presunción de muerte del ausente en lejanas tierras si, pasados diez años, fuere fama pública que había fallecido; y la 26, tit. XXXI, de la misma Partida, autorizaba la presunción de muerte del ausente que contare

(1) COLIN et CAPITANT, t. VIII.

cien años de edad. La ley de Matrimonio civil, en su art. 90, disponía que la ausencia prolongada de un cónyuge, con ignorancia de su paradero, no sería causa de presunción de su muerte, a no ser que durare hasta que tuviese cien años de edad el ausente, en cuyo caso se le tendría por fallecido; estos preceptos, y el art. 2.047 de la ley de Enjuiciamiento civil, que ordena que la declaración de dicha presunción ha de hacerse en el juicio correspondiente, constituían la legislación vigente en nuestra Patria sobre esta materia a la publicación del Código civil, el cual ha bajado algo los plazos. Dice en su art. 191: «Pasados treinta años desde que desapareció el ausente o se recibieron las últimas noticias de él, o noventa desde su nacimiento, el Juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.»

El Código, como se ve, atiende y fija como hechos en los que ha de fundarse la presunción de muerte, a los dos factores que hemos expuesto antes para establecer la probabilidad de la defunción: al tiempo transcurrido sin conocerse noticias del ausente, y a la edad del mismo. Exige para el primero, treinta años desde que desapareció o se recibieron sus últimas noticias, y estas palabras indican que no se deja al arbitrio de los interesados, ni aun al del Juez, la fecha de que se deba partir para la computación de dicho plazo: y así, si una persona desapareció de su domicilio, no da noticias de su existencia ni de su paradero, ni se vuelve a saber de él, los treinta años se cuentan a partir del momento de la desaparición; pero si después de ocurrida ésta, se han tenido noticias, la fecha en que se recibieran las últimas es el punto de partida para hacer la citada computación, pues dichas noticias interrumpen dicho plazo con análogo efecto al que producen las causas que interrumpen la prescripción en general, según hemos explicado en el estudio del art. 184.

El otro factor o criterio que tiene en cuenta el Código es la edad del ausente, pudiéndose declarar su muerte *presunta* cuando hayan transcurrido noventa años desde su nacimiento: esta segunda regla—dice MANRESA—sólo tendrá lugar en el caso de que al tiempo de su desaparición contase aquél más de noventa años. Parece deducirse de esta afirmación que, para el comentarista MANRESA, es necesario que el ausente haya permanecido treinta años en tal situación, pues no otra

cosa se deduce de sus palabras «al tiempo de su desaparición contase más de sesenta años» que, sumados a los treinta, dan como resultado los noventa a partir de la fecha de su nacimiento. No compartimos este criterio: el legislador no ha podido concebir esta idea, que está en pugna con la lógica, dado que, de seguirse esa opinión, nos conduciría en muchos casos al absurdo. Supongamos que una persona desaparece de su domicilio, y a los ochenta años se la declara ausente; ¿hay que esperar treinta más para que prospere la demanda de presunción de muerte? Opinamos que el legislador ha establecido en este artículo dos reglas, no subordinadas, sino independientes, y basta que cualquiera de ellas se dé para que proceda la presunción de muerte, como lo revelan los precedentes, dado que la ley de Matrimonio civil sólo exigía que la ausencia durase hasta que tuviera cien años de edad el ausente, e igualmente lo prueba la disyuntiva o, que implica el citado precepto, lo que indica la independencia de ambas reglas. Pero, ¿se puede declarar la presunción de muerte de un desaparecido, sin estar previamente declarada su ausencia? Creemos que no, porque la institución civil de la ausencia forma un todo orgánico, y si bien puede declarársele ausente sin haberse adoptado las medidas preventivas, por el plazo, relativamente corto, que se requiere para ello, no sucede así en el tercer período; el legislador ha establecido en éste determinados requisitos de tiempo, y por el solo hecho de que una persona, próxima a cumplir o ya cumplidos los noventa años de edad, haya desaparecido de su domicilio y esté unos meses sin dar noticias de su paradero, no debe ser esto suficiente para solicitar y obtener tan grave resolución, pues el legislador ha partido de la idea de la carencia de noticias durante bastante tiempo, lo que, unido a la avanzada edad del ausente, hace que se convierta en probable la idea de su muerte. No hay contradicción entre esto y lo sostenido anteriormente, rebatiendo la tesis del Sr. MANRESA, pues lo que sostenemos es que es preciso la previa declaración de ausencia de una persona, y una vez efectuada no es necesario esperar al transcurso de los treinta años, pudiendo declarársele presunta muerta si a los quince años, por ejemplo, de estar en dicha situación, cumple los noventa, contados a partir de la fecha de su nacimiento. Por lo demás, esta hipótesis es casi seguro

que no se dé en la práctica, porque si es difícil que una persona viva tan largo espacio de tiempo, mucho más lo es que conserve las energías físicas necesarias para emprender el viaje necesario e inherente a la desaparición.

Digno de censura es el Código por los plazos tan extraordinariamente largos que fija: con la facilidad y rapidez en los medios de comunicación de que hoy disfrutamos, es imposible que una persona que viva no pueda dar noticias de su paradero en tan largo tiempo, y lo único factible es que esté muerta, o que no quiera que se le tenga como viva, y esta voluntad, la de no ser en determinado lugar sujeto de derechos, es, según BENNMELTU, tan respetable como la del que quiere serlo, pues la capacidad jurídica es un derecho más bien que un deber de los hombres; y hoy, reglamentado el divorcio en nuestra Patria, tiene menos razón de ser ese lapso de tiempo tan extraordinario, pues los efectos de éste son tan importantes y más definitivos que los de la presunción de muerte. También es exagerado el plazo marcado para la edad del ausente, o sea, noventa años, el cual no se conforma, como debió hacerse para fijar una presunción, con el término ordinario de la vida humana; ya el Salmo 89 de DAVID lo fijaba en setenta años, y las modernas estadísticas lo fijan, por regla general, de los sesenta a los sesenta y cinco, y es verdaderamente raro que una persona llegue a cumplir los ochenta años, aun las más robustas. En su consecuencia, creemos que debe introducirse una profunda modificación en la presunción de muerte en lo referente a los plazos para decretarla, no sólo por lo antes expuesto, sino también para incorporarnos a la corriente legislativa universal, dado que nuestro Código, el francés y el italiano son los únicos que exigen tan gran espacio de tiempo; las demás legislaciones europeas, y la mayoría de las americanas, se caracterizan por haber reducido de un modo muy notable los mencionados plazos, como lo demuestra el Código civil alemán, que autoriza, como tenemos dicho en el cap. III, la declaración de fallecimiento por el transcurso de diez años, siempre que haya expirado el año en que el ausente cumplió treinta y uno, o sólo por el transcurso de cinco si el ausente ha cumplido setenta de edad; y todavía abrevia el plazo reduciéndolo a tres, dos o un año, cuando las circunstancias que hayan precedido a la desaparición (guerra,

nafragio, etc., etc.), haga más verosímil la presunción de muerte. Y el Código suizo aún establece plazos más cortos, dado que autoriza la declaración de ausencia, con plenos efectos para la apertura de la sucesión, a los cinco años desde que se tuvieron las últimas noticias, o al año de la desaparición, si ésta tuvo lugar en ocasión de un peligro de muerte.

¿Es indispensable siempre el transcurso de los treinta o noventa años para poder pedir y conseguir la declaración de presunción de muerte, o puede en algún caso hacerse dicha declaración sin esperar al transcurso de los citados plazos? La contestación depende de las circunstancias que hayan rodeado a la desaparición, pues hay casos en los que existen fundamentos suficientes para poder afirmar la muerte de una persona, aunque no se trate de un hecho indudable: ocurrido, por ejemplo, un naufragio, o una catástrofe ferroviaria, y hecho constar, de un modo provisional, desde luego, por no existir certeza del hecho, el fallecimiento de los desaparecidos en la misma, hay motivos para presumir la muerte. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de Abril de 1901, estableciendo, en uno de sus Considerandos, la siguiente doctrina: «La institución de ausencia se refiere a un estado de derecho creado por la desaparición de una persona cuyo paradero se ignora, respecto de la que no se puede afirmar si vive o ha muerto, por ser desconocidas las circunstancias de su vida misma desde el momento de su desaparición, no pudiendo, en tal supuesto, declararse la presunción legal de su muerte sino después de transcurrido cierto tiempo y con determinadas condiciones; pero cuando por haber ocurrido un naufragio u otro accidente desgraciado, perfectamente comprobado por las diligencias instruidas al efecto, existe un fundamento racional para poder creer y afirmar que la persona de cuya desaparición se trata, fué víctima de la catástrofe o pereció en ella, no hay obstáculo legal alguno que impida se declare la presunción de su muerte, y sería, en cambio, anómalo suponerlo ausente.»

En este punto es conveniente distinguir, como hace PLANIOL en su obra citada, entre los *ausentes* y los *desaparecidos*, entendiéndolo por los últimos aquellos que no han dado noticias de su existencia desde el momento que ocurrió un accidente, que es precisamente la causa de su desaparición, y

a los que se puede aplicar la frase de NAPOLÉON: «Se puede decir de este hombre que ha *desaparecido*, no se puede decir de él que está *ausente*.» Esta distinción, según consignamos en el cap. I, no la admite nuestro Código, pero sí la jurisprudencia en la sentencia antes citada.

Algunos comentaristas plantean la cuestión de qué clase de noticias deben ser las que el Código entiende por últimas noticias del ausente, o sea, para decirlo con más claridad, si es necesario que sean directas del ausente o bastan las que proporcione algún testigo que asegure haberlo visto. Nada dice el Código acerca de este punto, pero como en el mismo no cabe la interpretación extensiva, opinamos que las noticias deben ser directas, y así parece darlo a entender aquél con la frase *últimas noticias de él*, lo que significa directamente, del mismo ausente, y no acerca de él, como seguramente hubiera expresado si su propósito hubiera sido admitir las noticias de referencia.

La presunción que establece este artículo es, como hemos dicho antes, de carácter *juris tantum*, o sea, que admite prueba en contrario; esto es evidente, porque sólo se funda en la probabilidad de la muerte del ausente, pero se desconoce su certeza, por lo que, demostrado que éste vive mediante su presentación, o por las noticias que él mismo proporcione, ha de dejarse sin ningún valor al efecto aquella presunción, como expondremos al estudiar sus efectos.

3. *Quiénes tienen la consideración de parte interesada.*—

Por último, y para terminar el examen del art. 191, en su parte sustantiva, ¿quiénes pueden ser considerados como *parte interesada* para poder solicitar la declaración de presunción de muerte del ausente? Ante el silencio del Código, se han originado diversidad de criterios sobre quiénes están incluidos en la frase «parte interesada»: unos opinan que en dicha frase están comprendidas las personas que, según el art. 185, pueden solicitar la declaración de ausencia. Pero esta afirmación no puede admitirse, salvo con una interpretación violenta, pues el Código, en esta materia, sigue un criterio de reducción; y así como en las medidas provisionales autoriza a solicitarlas a los que sean *parte legítima*, y en el segundo estado determina de un modo expreso las personas que pueden solicitar la declaración de ausencia, en el tercer período

se refiere únicamente a los que sean *parte interesada*, por lo que no pueden comprenderse incluidos en esta frase a los que autorizó para pedir la declaración de ausencia, dado que si el pensamiento del Código hubiera sido ese, lo hubiera consignado de un modo expreso, y, además, puede darse el caso de que estas personas no tengan *interés* en la presunción de muerte, que es el requisito indispensable para poder solicitarla.

MANRESA opina que están comprendidos en dicha frase todos los que tengan interés en la sucesión del presunto muerto, ya provenga éste de una institución testamentaria, o de los llamamientos de la ley en la sucesión intestada, o de la existencia de algún derecho sobre los bienes del mismo subordinado a la condición de su muerte, como sucede respecto de la viuda, del legatario, del donatario, etc. Si consideramos este punto atendiendo al efecto principal que la presunción de muerte produce, que es la apertura de su sucesión, lleva razón MANRESA, dado que, por regla general, sólo pedirán la declaración de dicha presunción, y serán interesados en la misma, los que por cualquier título hayan de heredar al ausente; pero, desde otro punto de vista, no puede admitirse el criterio del citado comentarista, porque la realidad puede presentar casos en que una persona tenga un interés legítimo en que se haga dicha declaración, sin ser heredero del ausente. Supongamos, por ejemplo, que una persona hace donación a otra de una finca, con la condición de no poder enajenarla durante la vida de un tercero, condición perfectamente legal; si éste tercero es un ausente, no cabe la menor duda que el adquirente está interesado en la presunción de muerte del mismo, a pesar de no ostentar la calidad de heredero del ausente. Por consiguiente, puede afirmarse que pueden solicitar la repetida declaración todos los que tengan interés en ella, debiendo justificarse ésta para que se le reconozca la necesaria personalidad. Así opina BÉDAR y LARRAZ, y la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de Julio de 1932, que establece la doctrina, confirmatoria del anterior criterio, de que «la calidad de parte interesada para solicitar la presunción de muerte, responde a la circunstancia de que el solicitante de dicha declaración *tenga un interés que, de cualquier modo, aparezca subordinado al hecho presuntivo de la*

muerte del ausente, debiendo tenerse por suficiente, para legitimar activamente aquella pretensión, la presencia de un derecho posible, *sea o no de naturaleza hereditaria*.

En el recurso de casación que motivó la citada sentencia, se discutió si el actor tenía o no personalidad para entablar la demanda, por no haber justificado, a juicio del Juzgado, que aquél tenía el carácter de heredero de una de las dos personas cuya presunción de muerte solicitaba; y el Tribunal Supremo declaró que «la solicitud del titular del derecho, sea o no de naturaleza hereditaria, con la concurrencia de las demás circunstancias definidas por la ley en orden a la duración de la ausencia o al cómputo de edad del ausente desde la fecha de su nacimiento, hacen procedente la declaración judicial solicitada, *sin hacer condición de lo mismo un antejuicio completo respecto de la existencia, calidad y situación de efectividad del derecho innovado por aquél*, ya que todas estas definiciones formales corresponden a un juicio contradictorio que no cabe en el procedimiento en que se sustancia la pretensión del art. 191 del Código civil», o sea, que es suficiente que de la demanda y de los documentos acompañados a la misma se demuestre la existencia de un derecho subordinado a la presunción de muerte del ausente, sin exigir ninguna justificación respecto a la existencia, calidades y situación de efectividad de ese derecho, como no puede menos de suceder sin alterar el orden procesal, y porque hay muchas veces que no se sabe si ese pretendido derecho llegará o no a tener efectividad; puede, por ejemplo, el legatario, pedir la declaración de presunción de muerte, y, sin embargo, al tiempo de hacerse la partición, es factible, y puede legalmente ocurrir, que el legado quede sin efecto. Volveremos a ocuparnos de este punto en el capítulo de derecho adjetivo.

Finalmente, también tiene la consideración de parte interesada, para el efecto de deducir dicha pretensión, el Ministerio fiscal, porque el Código no lo prohíbe, y por corresponderle la representación en juicio de los ausentes, y, además, porque el Estado puede tener interés directo en la sucesión del ausente.

4. *Examen del art. 192 del Código civil.*—El art. 192 del Código dispone lo siguiente: «La sentencia en que se declare la presunción de muerte de un ausente, no se ejecutará

hasta después de seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales. Concuerdá este precepto con el art. 186, y se funda en extremar hasta el último límite la prudencia del legislador, dando nuevo plazo al presunto muerto para que se presente o dé noticias de su paradero, en evitación de que se pongan en práctica los importantísimos efectos que dicha declaración lleva consigo.

Dicho artículo constituye una novedad en nuestro Derecho, pues ninguna ley anterior lo establecía, ni civil ni procesal: como procedentes del mismo sólo puede citarse el Proyecto de Código de 1851, en el que se ordenaba que hecha la declaración de la muerte presunta se publicaría el testamento del ausente, si no estuviere publicado ya, y se daría la posesión definitiva de los bienes a los herederos presuntivos al tiempo de la desaparición o de las últimas noticias, sin necesidad de fianza, y quedando cancelada la que se hubiere prestado; y sólo cuando se llegase a probar la muerte, entonces debería deferirse la herencia a los que en esa fecha debieran haberla, y habría de restituir los bienes al poseedor de ellos, reservándose el quinto de los frutos correspondientes a la época de la posesión provisional, y la totalidad de éstos desde que obtuvo la posesión definitiva. El Código ha modificado lo dispuesto en el citado Proyecto, sustituyendo ese estado intermedio entre la posesión provisional y la entrega definitiva a los herederos llamados a suceder en la época del fallecimiento, cuando éste se probare, por la adjudicación definitiva de los bienes por los trámites de los juicios de testamentaria o aléntestato, adjudicación que es irrevocable, salvo los casos del art. 194; y esta modificación se hizo por respecto a los intereses del ausente, y con el buen deseo de evitar abusos y perjuicios.

El precepto que examinamos no tiene, a nuestro juicio, razón de existir, y su eficacia en la práctica es sólo la de producir dilaciones y gastos sin resultado positivo para nadie. Ya en el estudio del art. 186 hicimos constar que los edictos es imposible que los lea el ausente; pues los periódicos oficiales, o sea, la *Gaceta de Madrid* y el *Boletín Oficial*, son apenas leídos y sólo conocidos, casi exclusivamente, por una parte de los funcionarios públicos, a los que, por regla general, no les interesan los edictos judiciales, y sólo se preocupan

de enterarse de las leyes y demás disposiciones de la Administración central en la parte que les afecta. Y como esta es la realidad, no hay más remedio que confesar que la publicación de edictos, haciendo constar el hecho presuntivo de la muerte del ausente, es inútil y perjudicial: inútil, porque se sabe de antemano que, aun en el supuesto improbable de que el ausente viva, es muy difícil que se entere del contenido de los mismos, por el sistema de publicación establecido; y perjudicial, porque, como consecuencia de lo anterior, sólo se traduce en tener que esperar seis meses más los herederos presuntos para entrar en posesión de la herencia, y aumentar considerablemente los gastos del expediente judicial seguido para hacer dicha declaración.

Además, ya hemos dicho antes que el Código establece unos plazos demasiado largos para poderse declarar la presunción de muerte; y si éstos no guardan siquiera relación con el límite del término medio de duración de la vida, según las estadísticas, ¿por qué se exige este nuevo plazo cuando el transcurso de los treinta o noventa años fijados en el art. 191 son más que suficientes para engendrar en el ánimo la idea de la muerte del ausente?: esta publicación de edictos, con un criterio amplio, puede admitirse en la declaración de ausencia, puesto que en ésta se equiparan las presunciones de vida y la de muerte del ausente; pero en el último período, fundado en que la presunción de vida desaparece y se sustituye por la probabilidad de su muerte, probabilidad que descansa en los dos factores, del tiempo transcurrido y años cumplidos por el ausente, según antes dejamos consignado, ¿para qué un nuevo plazo, que no garantiza a nadie ni resuelve nada?: ¿es que se teme declarar disuelta la sociedad conyugal, y se han ido inventando plazos para prolongar dicha disolución? Pues la misma puede decretarse en la actualidad, una vez declarada la ausencia, si el cónyuge presente ejercita la acción de divorcio que le compete, y referida declaración puede hacerse a los dos o cinco años de ocurrida la desaparición del domicilio. ¿Témese que los herederos presuntos entren en posesión de los bienes inmediatamente que sea firme la sentencia de muerte presuntiva? No concebimos este temor, pues por el tiempo que tiene que transcurrir para dictarse aquélla, es lógica y racional la idea de la muerte del ausente, y aun en

el supuesto de que comparezca, ningún perjuicio podía venirle, salvo el de no percibir los frutos, pero esto está compensado con que los perciban sus herederos, los que hay que presumir que tengan el afecto y el cariño de aquél. No es con la publicación de edictos como se respetan los derechos del ausente, sino rodeando de mayores garantías el procedimiento establecido para la declaración de este tercer período, que, por desgracia, son muy escasas, por lo que sería de desear que desapareciera el art. 192.

Las palabras que éste emplea «no se ejecutará» han originado discusiones acerca de la fecha en que debe surtir efecto la declaración de presunción de muerte, y unos opinan que se entienden producidos desde la fecha de la sentencia; otros, desde el transcurso de los seis meses de su publicación en los periódicos oficiales; y algunos sostienen que surte efectos desde el transcurso de los treinta o noventa años marcado en el art. 191. La cuestión se ha planteado en el Tribunal Supremo y éste se ha decidido, repetidamente, por la última de dichas soluciones, o sea, que la fecha de la presunción de muerte, para todos los efectos sucesorios, es la que resulte determinada por el transcurso de los treinta o noventa años. En la sentencia de 8 de Marzo de 1899 sienta la siguiente doctrina:

«Los arts. 657 y 661 del Código civil establecen, con generalidad absoluta, que los derechos a la sucesión se transmiten desde el momento de la muerte, y por el solo hecho de ésta suceden al difunto sus herederos.

«La declaración de presunción de muerte de una persona desde fecha determinada, contiene, jurídica y lógicamente, la afirmación de que desde tal fecha debe tenerse por muerto a aquel a quien se refiere, y nacer, a tenor de los artículos antes citados, los derechos y obligaciones correspondientes a su sucesión.

«Lo expresado en el art. 193 del Código acerca de la apertura de la sucesión, hace sólo referencia al procedimiento que se ha de seguir en el caso especial de que se ocupa, y no significa otra cosa sino que en la declaración de los derechos deben intervenir, como autoridad pública, los Tribunales, para su efectividad, como acontece en el caso del art. 2.047 de la ley de Enjuiciamiento civil, o del 989 del Código, donde se expresó que la aceptación de herencia surte sus efectos, no

desde que se hace, sino desde el momento de la muerte de aquel a quien se hereda.

«La frase «no se ejecutará», del art. 192 del Código civil, no tiene igual sentido que la de «no surtirá efecto», que, a propósito de la ausencia, contiene el art. 186, si no es una medida precautoria adoptada por el legislador, atendiendo a la posibilidad de que, mediante la publicación de la sentencia, reaparezca el reputado por muerto.»

La sentencia de 9 de Julio de 1902 dispone lo siguiente:

«Según tiene ya declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de Marzo de 1899, dado el sentido y espíritu del art. 191 del Código civil, una vez obtenida la declaración de presunción de muerte del ausente, *la fecha presunta de ésta, para todos los efectos sucesorios, es la que resulte determinada por el transcurso de treinta años desde que aquél desapareció o se recibieron las últimas noticias de él, pues la ley así lo ha establecido como presunción jurídica de tal fallecimiento, lo mismo que cuando la persona de quien se trata haya cumplido noventa años desde su nacimiento, sin que el requisito de tenerse que solicitar previamente tal declaración, tenga más alcance y transcendencia que la de dejar sentado y reconocido el hecho, como tampoco tiene otro el 192 que el de abrir un paréntesis a las consecuencias legales señaladas en el 193, por si acaso durante el mismo se adquiere noticia que desvaneciera el fundamento de dicha presunción jurídica, cual lo revela el contexto del 194.»*

La sentencia de 5 de Diciembre de 1908 establece la siguiente doctrina:

«Dados los términos del precepto del art. 191 del Código civil, es obligado distinguir la fecha en que se declara judicialmente la presunción de muerte de una persona, de la que tiene que servir de base para los efectos sucesorios; y, según tiene declarado ya con repetición el Tribunal Supremo, como la presunción se determina por el transcurso de noventa o treinta años, respectivamente, sería contradictorio de la misma establecer el supuesto de la muerte, para los antedichos efectos, cuando se obtiene la declaración, toda vez que el mayor o menor retraso con que se solicite y obtenga, no puede afectar ni desvirtuar al término fijo señalado por la ley para estimar desaparecido del mundo a una persona con todas las

consecuencias procedentes en derecho; sin que a esta inteligencia e interpretación se oponga el precepto del art. 192, pues que es obvio que, no por que tarde en ser conocido el fallecimiento de una persona, se puede alterar lo dispuesto en los arts. 557 y 561 del mismo Cuerpo legal, a cuyo conocimiento equivale la mera declaración judicial de presunción de muerte; y porque la suspensión determinada en dicho art. 192, antes de proceder a la apertura de la sucesión, como previene el 193, es sólo un plazo dilatorio que no afecta a la substancialidad de los derechos.»

Por último, la recentísima sentencia de 9 de Febrero de 1935 establece, en su cuarto Considerando, que «la sentencia recurrida, al absolver a los demandados, fundada, entre otras razones, en la aplicabilidad del art. 195 del Código civil, no ha podido incidir en las infracciones del art. 193 del mismo Cuerpo legal y sentencias de esta Sala de 8 de Marzo de 1899, 9 de Julio de 1902 y 5 de Diciembre de 1908, pues aunque, *de acuerdo con tales normas de ley y de jurisprudencia, hayo de considerarse abierta la sucesión del declarado presunto muerto el día en que transcurrieran los treinta años de su desaparición o de sus últimas noticias...*».

De modo que los efectos se retrotraen, según las sentencias antes extractadas, a la fecha que resulte determinada por el transcurso de los términos establecidos en el art. 191; y una aplicación de esto la hace la sentencia de 9 de Julio de 1902, disponiendo que el que, transcurridos dichos términos, tenía derecho a la herencia del ausente, lo transmitió a sus sucesores, sin que obste que la declaración de presunción de muerte se decretara años después, y cuando ya había fallecido el que en aquella época resultaba heredero del ausente. Cualquiera que sea la opinión que se sustenta, hay que reconocer que el Tribunal Supremo se ha ajustado a la forma imperativa con que está redactado el art. 191, pues éste no deja al arbitrio judicial la declaración de presunción de muerte, sino que la impone, una vez dados los hechos en que la funda. Pero, con todos los respetos que tan alto Tribunal nos inspira, disentimos de su criterio, creyendo que el punto de partida para que se produzcan los efectos consiguientes a dicha declaración, debe ser el de la sentencia firme de la presunción de muerte, como exponremos en el capítulo siguiente.

CAPITULO XI

Efectos que produce la declaración de presunción de muerte y desde cuándo se producen.

De dos clases son los efectos que la declaración de presunción de muerte produce: relativos a la persona del ausente, y los referentes a los bienes del mismo, por lo que los estudiaremos con la debida separación, así como también los que se originan por la presentación del ausente. Hay que advertir que estos efectos se dan a favor y en contra de todos los terceros que no hayan litigado, porque, como se decide una cuestión relativa al estado civil, cae dentro de lo dispuesto en ese sentido por el párrafo segundo del art. 1.252 del Código, que ordena que en las cuestiones relativas al estado civil de las personas, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado.

Los efectos de la primera clase, o sea, los relativos a la persona del ausente, son escasos y carecen de importancia, pues como este período viene después de otro más largo en el que se declaró la ausencia, y en ésta se regula el estado jurídico de las personas con el ausente relacionadas, puede decirse que ya han surtido todos los efectos a que la presunción pudiera dar lugar. Sólo debemos advertir que dicha presunción no produce efectos en los derechos personales del ausente, porque el ejercicio de éstos supone necesariamente la presencia, y, por ende, no puede surtir efectos la presunción de muerte en una persona con cuya presencia no se contaba hace mucho tiempo: la mujer del ausente estará libre y fuera de la autoridad marital, y sus hijos no sujetos a la patria potestad de aquél, pues ya la declaración de ausencia es causa de suspensión de ésta.

La única cuestión que en este punto se discute por los autores es sobre si debe o no entenderse disuelto el matrimonio por la presunción de muerte de cualquiera de los cónyuges. La base sexta de la ley de 11 de Mayo de 1888 resolvió este punto, disponiendo que se regularía la ausencia, sin que en ningún caso la presunción de muerte de un cónyuge llegue a autorizar al presente para pasar a segundas nupcias; pero ante la no existencia de una disposición en el Código recogiendo lo ordenado en esta base, se ha originado la cuestión antes expuesta, que, a nuestro juicio, siguiendo a la mayoría de los tratadistas, hay que resolver en sentido negativo, y de acuerdo con la mencionada base sexta. En efecto: el único fundamento que puede tener la opinión contraria es lo ordenado en el art. 90 de la ley de Matrimonio civil, que disponía que si el presunto muerto tuviese cien años de edad se le tendría por fallecido, y claro es que, en virtud de esta consideración, tenía que producir dicho estado las consecuencias jurídicas propias de la defunción; pero el Código ha modificado lo ordenado en dicha ley, y, si bien en el título de éste que trata de la ausencia, no se encuentra precepto alguno que reproduzca la disposición de la base sexta, es porque en él sólo regula la materia de ausencia desde el punto de vista de los bienes, por lo que hay que buscar la razón en los preceptos que regulan el matrimonio, ordenando, en efecto, el artículo 52, que aquél sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, y, por lo tanto, no es bastante que la ley presume el fallecimiento, sino que es indispensable que éste conste de una manera cierta y comprobada. Además, si bien en la citada ley de Matrimonio civil se le tenía por fallecido, el Código sólo le presume muerto, y como esta presunción es *juris tantum*, o sea, que admite prueba en contrario, sería un contrasentido permitir la nueva unión matrimonial a sabiendas de que podía quedar sin efecto en el momento que se probara la existencia del ausente, imponiéndose, por todo lo expuesto, la conclusión de que *la presunción de muerte no autorizará jamás al cónyuge presente para contraer nuevas nupcias.*

Actualmente, si puede existir la disolución del vínculo, una vez declarada la ausencia, si el cónyuge presente solicita el divorcio, según hemos explicado al tratar de los efectos

que dicha declaración produce; pero no como consecuencia necesaria de la misma, sino como un derecho que el presente puede utilizar o no, y claro es que si lo ejercita se disuelve el vínculo, con la facultad de contraer nuevo matrimonio, pero de ningún modo produce estos efectos la presunción de muerte por sí sola. Lo que ocurre es que la ley de 2 de Marzo de 1932 ha modificado el art. 52 del Código, dado que ya no se disuelve sólo el matrimonio por la muerte, sino también por el divorcio, por lo que, en realidad, sólo queda como fundamento para sustentar la opinión antes expuesta la precitada base sexta, toda vez que ésta constituye el elemento principal para explicar el alcance de las disposiciones del Código civil, al que sirvió de precedente inmediato.

Mucho más importantes son los efectos que produce la presunción de muerte *con relación a los bienes del ausente*, pues así como en la declaración de ausencia se provee a su cuidado con el nombramiento de un administrador que, como en toda administración, se posee en nombre ajeno y está sujeto a la rendición de cuentas, en el tercer periodo se entregan los bienes de una manera definitiva a los herederos, que los adquieren y hacen suyos en tal concepto, con todas sus consecuencias y sin limitación alguna, salvo la presentación del ausente o la prueba de su existencia. En confirmación de lo expuesto, dispone el art. 193: «Declarada firme la sentencia de presunción de muerte, se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria o abintestato, según los casos.»

De modo que el primer efecto que la muerte presunta produce, mejor dicho, la sentencia declaratoria de la misma, transcurrido el plazo del art. 192, es la apertura de la sucesión, cosa lógica, pues presumiendo la ley que ha fallecido, esta presunción es incompatible con la administración de la ausencia declarada, y los bienes se adjudicarán a los herederos del ausente, no de una manera provisional, sino que los adquieren efectivamente y a título definitivo, pero revocable. Para esta adjudicación y entrega a los herederos hay que atender, ante todo, a si el ausente hizo o no testamento, como es lógico, para proceder por los trámites de los juicios de testamentaria o abintestato, respectivamente; pero, es necesario que, en

todo caso, se promuevan dichos juicios, aun en el supuesto de que el ausente hubiera prohibido la intervención judicial en su testamentaria? No cabe duda que, con arreglo al artículo antes copiado, y al 2.047 de la ley de Enjuiciamiento civil, la contestación afirmativa se impone, dado lo terminante de dichas disposiciones; en lo que no están de acuerdo los autores es en la justificación de las mismas, existiendo partidarios y contrarios de ellas. Así, a varios comentaristas, entre ellos al Sr. MANRESA, les parece muy acertado el art. 193, diciendo éste que «la muerte presunta no constituye un estado completamente definitivo como la real, y, por lo tanto, hay que rodear a aquélla, en sus efectos civiles, de mayores garantías que ésta, no sólo en beneficio de los interesados en la sucesión, cuando realmente ocurra el fallecimiento del ausente, sino también para poner a salvo el derecho de reversión o restitución que al mismo corresponde, en el caso de presentarse o de probarse su existencia». Por el contrario, BEDMAR y LARRAZ encuentra dicho artículo irrespetuoso con la voluntad del ausente, que si prohibió la intervención judicial en las operaciones de su testamentaria, ejercía, al hacerlo, un derecho indiscutible; contradictorio con los mismos preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, que no cita entre los casos de juicio necesario el que nos ocupa, y, sobre todo, la halla desprovista de fundamento. «Adóptense—sigue diciendo enhorabuena cuantas garantías se estimen necesarias para declarar la presunción de muerte, pero una vez declarada ésta, ¿por qué obligar a las personas que hereden al ausente a llenar los trámites de un juicio, a todas luces innecesario? Se comprende que sea siempre judicial la sucesión cuando intervenga un ausente como heredero, porque carece de representación adecuada, pero no si su intervención es sólo como heredado, pues así como es judicial la partición en que interviene un menor como heredero, nó lo es cuando mayores de edad heredan a un menor.»

SANCHEZ ROMAN da una solución, que aceptamos, por creerla más armónica, sosteniendo que es necesario incoar el juicio de testamentaria, según previene el art. 193 del Código; pero, una vez practicado judicialmente el inventario, y depositados los bienes, podrán hacerse extrajudicialmente las demás operaciones de la testamentaria, si los herederos lo soli-

citan, pues en concederlo no vemos ningún inconveniente ni perjuicio, toda vez que los bienes sujetos a posible restitución ya se han hecho constar en el inventario formado con intervención del Ministerio fiscal y bajo la fe judicial, lo que desvanece toda sospecha de una probable ocultación.

Como consecuencia de la apertura de la sucesión, produce también el efecto de la disolución de la sociedad de gananciales, pues la apertura de aquélla es incompatible con la subsistencia de ésta.

¿Desde cuándo produce efectos dicha apertura? O, en otros términos, ¿desde qué fecha se entienden producidos los efectos de la declaración de presunción de muerte? Ya hemos expuesto en el capítulo anterior que el Tribunal Supremo ha declarado repetidamente que la fecha presunta de la muerte, para todos los efectos sucesorios, es la que resulte determinada por el transcurso de los plazos señalados en el art. 191, y no por la fecha en que la sentencia sea firme.

Con todos los respetos que el Supremo Tribunal nos inspira, no compartimos su criterio, pues los arts. 657 y 661 se refieren al caso de muerte comprobada y real, y por eso establecen, en términos absolutos, que los derechos a la sucesión se transmiten desde el momento de la muerte, y que, por el sólo hecho de ésta, suceden al difunto sus herederos. Y el Reglamento del impuesto de Derechos reales ordena que los interesados los satisfagan dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento, salvo prórroga solicitada y concedida, facultando incluso al Liquidador para compeler a los herederos al pago del referido impuesto, mediante el procedimiento de investigación; pero todo esto se ha establecido para los casos normales, cuando no quepa duda alguna acerca de la defunción de una persona.

En el caso de muerte presunta, no existiendo esa certidumbre, sólo hay una probabilidad más o menos fundada, que puede ser destruida, como toda presunción, por la prueba en contrario, y como los casos no son iguales, deben ser desiguales las reglas aplicables a cada uno de ellos. En efecto: el artículo 191 establece un hecho, y, una vez dado el mismo, concede una facultad a los que sean parte interesada para solicitar la declaración inherente a tal hecho, facultad que pueden ejercitarla o no, según les convenga, e incluso renunciarla, pues

los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a tenor de lo dispuesto en el art. 4.º del Código; y mientras la existencia de ese hecho no esté consagrada y reconocida judicialmente, no puede decirse que el derecho ha nacido con la plenitud necesaria para que produzca efecto, pues depende de una condición, y es «que no se hayan recibido noticias del ausente», lo cual sólo puede «quilatarse en la contienda judicial que tiene que preceder a dicha declaración. Además, en el caso de muerte comprobada se saben quiénes son los herederos, dado que basta pedir el certificado del Registro general de Actos de última voluntad para que sean conocidos; pero en la muerte presunta esto no es posible hasta que no sea declarada por el Juzgado, y como nadie puede aceptar ni repudiar herencias sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar, y de su derecho a la herencia (artículo 991), y esto no se puede conocer hasta que se declara la muerte presunta, resulta que mal pueden hacerse dichas aceptación o repudiación sin que por el Juzgado se haga previamente la tan citada declaración: cierto es que los efectos de la aceptación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda (art. 989), pero esto, volvemos a repetir, es para el caso de fallecimiento comprobado, pero no puede aplicarse al caso de presunción del fallecimiento, puesto que dicha presunción necesita la previa declaración judicial de su existencia para que produzca efecto. Por lo demás, el mismo Tribunal Supremo, en la Sala de lo Contencioso-administrativo, tiene establecido que, firme la sentencia, la interesada debe ser reputada viuda a los efectos de los derechos pasivos (sentencia de 20 de Diciembre de 1904), y la misma Sala ha resuelto el caso que debatimos en la sentencia de 14 de Junio de 1919, de conformidad con la opinión que sustentamos: se discutía en dicha sentencia si a la cónyuge presente le correspondía percibir la pensión militar que le pertenecía, desde el 30 de Marzo de 1918, fecha de la sentencia firme de presunción de muerte del marido, o desde el 1.º de Octubre de 1914, fecha del transcurso de los treinta años de ausencia; y la citada Sala resolvió dicha cuestión tomando como punto de partida la primera fecha citada, sentando la siguiente doctrina: «Las acciones que la ausencia en ignorado paradero pudiera concederla (a la recurrente) en

relación con el goce de pensión de Montepío, como viuda o como huérfana, no nacieron hasta que se inauguró la sucesión de su marido, a tenor del art. 193 del Código civil, o sea, el 30 de Marzo de 1918, en que la autoridad judicial declaró firme la sentencia de presunción de muerte del ausente, pronunciada con anterioridad; y que al reconocer a la recurrente el derecho a recibir la pensión de orfandad desde el citado día y no desde fecha más remota, se acomoda puntualmente al texto legal (art. 193), *cuya doctrina es aplicable lo mismo a la sucesión directa en bienes y obligaciones del ausente*, que a los derechos y responsabilidades que no pueden ejercitarse ni exigirse mientras la apertura de la sucesión no se haya producido.»

El Código no autoriza a dar efectos retroactivos a la presunción de muerte, ni puede aplicarse la interpretación analógica fundada en los preceptos generales de las sucesiones, pues éstos se refieren y se aplican a los casos normales de fallecimiento real y verdadero, completamente distintos de los en que dicho fallecimiento es presunto; y así lo comprueba la frase «se abrirá la sucesión» que emplea el art. 193, esto es, se procederá a su apertura, y para ello es necesario que conste la defunción, verdadera o presunta, del causante, y como la última no puede constar mientras no esté declarada judicialmente, es claro que no procede retrotraer sus efectos, dado que si el Código lo hubiera querido, habría establecido la retroacción, pues donde la ley no distingue no es lícito distinguir. La única objeción que se puede hacer a esta teoría es la de que, siguiéndola, pueden quedar privados de la sucesión los parientes que a los treinta años de ausencia tuvieran derecho a heredarle, y hubieran fallecido antes de la declaración de presunción de muerte del ausente; pero fácilmente se desvirtúa, pues pudieron ellos solicitar dicha declaración, por tener la cualidad de parte interesada, y si no lo efectuaron, haciendo dejación de sus derechos, no vemos la razón de que el legislador sea más previsible y cuidadoso que los mismos interesados, debiendo éstos sufrir el castigo de su negligencia.

Con arreglo a la teoría del Tribunal Supremo, que combatimos, parece lógico que si la muerte del ausente se presume acaecida en el momento que determina el art. 191, se debe

presumir también, congruentemente, que vivió hasta ese momento; y, sin embargo, esta deducción no puede hacerse por impedirlo el art. 195, como veremos al hacer su estudio. Aquí sólo exponemos que la sentencia de 9 de Febrero de 1935 sienta la afirmación de que «no es admisible que los actores, después de haber logrado que sea declarada la presunción de muerte, fundada precisamente en la prolongación del estado de ausencia durante más de treinta años, pretendan ampararse en una supuesta presunción de vida durante el transcurso de ese mismo plazo», que es una confirmación de lo que acabamos de exponer; de donde resulta que la teoría del Tribunal Supremo, con todos los respetos, carece de congruencia.

Los efectos dichos entendemos que se deben producir desde que sea firme la sentencia de presunción de muerte, entendiéndose por tal firmeza desde que haya transcurrido el plazo señalado en la ley de Enjuiciamiento civil para interponer el recurso de apelación contra la misma, y no desde que hayan transcurrido los seis meses de la publicación, pues este término sólo se ha establecido para impedir, mientras transcurre, la ejecución de la sentencia en previsión de que el ausente comparezca, como lo revela la frase «no se ejecutará», que es distinta de la de «no surtirá efecto» del art. 186. Y no se diga que con esta teoría se infringe el principio de legislación procesal y sustantiva de que las sentencias se deben limitar a declarar los derechos, y no a constituir su origen exclusivo, como alguien pudiera argumentarnos en contra de nuestro criterio, pues bastaría para rebatirlo invocar el artículo 184, dado que concurriendo los requisitos que el mismo menciona, se declara la ausencia, y a nadie se le ocurrirá pensar que los efectos de esa declaración se retrotraen al transcurso de los dos o cinco años; y es que para que las sentencias sean declaratorias de derechos, es preciso que el legislador establezca los supuestos en que tales derechos se funden, sin que quepa la retroacción, salvo que una disposición terminante y categórica así lo ordene, dado que si las leyes sólo tienen efectos retroactivos cuando expresamente lo disponen, según el art. 3.º del Código civil, las sentencias judiciales, que se limitan a aplicar e interpretar aquéllas, deben estar sujetas también al mismo principio de irretroactividad, ex-

cepto cuando en algún caso determinado se prevenga lo contrario.

Puede ser que alguien objete que el caso que estudiamos es análogo a la muerte intestada, dado que en ésta también es necesaria la declaración de herederos, y, sin embargo, sus efectos se retrotraen a la fecha del fallecimiento del causante. Pero tampoco existe paridad, pues el art. 912, que establece los casos en que procede la sucesión legítima, parte siempre del supuesto de la muerte, que es cuando procede la apertura de la sucesión, y en la presunción de muerte ya hemos sostenido que ésta no se produce hasta que no ha sido judicialmente declarada; por consiguiente, hay retroactividad en el llamamiento de los herederos, pero esa retroactividad no pasa de la fecha de la sentencia, que es cuando realmente consta la muerte presunta, cualquiera que sea la dilación con que se prevengan después los juicios de testamentaria o abintestato. E, implícitamente, así lo viene a reconocer el mismo Tribunal Supremo al establecer, en la sentencia de 9 de Marzo de 1897, que la fecha de la sentencia declarando la presunción de muerte determina la legislación aplicable a la sucesión de aquel que se presume muerto, sin que quepa retrotraerla.

Además, el Reglamento del impuesto de Derechos reales, de 16 de Julio de 1932, confirma nuestra opinión, pues el artículo 31 dice que las transmisiones de bienes, acciones y derechos de todas clases que se verifiquen por sucesión a título de herencia o legado, pagarán con arreglo al grado de parentesco entre el causante y el adquirente, aun cuando no se hayan formalizado los inventarios y particiones, siempre que resulte probado el acto en virtud del cual se verifica la transmisión; y en lo relativo a la prueba del acto en virtud del cual se verifica la transmisión, distingue entre muerte real y presunción de muerte, disponiendo que la adquisición en las **herencias, legados y donaciones por causa de muerte**, se entiende verificada el día del fallecimiento del causante, aun cuando se trate de sucesión abintestato, y sea cualquiera la fecha en que se haga la declaración de herederos y la en que se formalice el documento; pero *en el caso de presunción de muerte de un ausente, los plazos para la presentación de los documentos referentes a su herencia comenzarán a contarse*

desde el día siguiente al en que se declare firme la sentencia, conforme al art. 193 del Código civil.

De modo que, en los casos de muerte real y probada, el plazo para el pago del impuesto empieza a correr el día del fallecimiento, cualquiera que sea la fecha en que se haga la declaración de herederos, si el fallecimiento fué intestado, y se formalice la partición, lo que está de acuerdo con el artículo 657 del Código civil, que preceptúa que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte. Y a pesar de ser básico este precepto en toda sucesión, el legislador se ha apartado de él en el caso de presunción de muerte, y ordena a los Liquidadores que el plazo de los seis meses para la exacción del impuesto los cuenten desde que la sentencia sea firme, conforme al art. 193 del citado Código, lo que nos revela que el mismo legislador considera ilógica la teoría del Tribunal Supremo, porque si fuese justa y conforme con los principios jurídicos que informan el Código, no hubiera establecido esa distinción ni consentido, por ende, que la Hacienda saliese perjudicada al no cobrar las multas e intereses de demora correspondientes. Y no se diga que se ha dispuesto así ante la necesidad de incoar y resolver el procedimiento judicial necesario para la declaración de presunción de muerte, porque en la sucesión intestada también es absolutamente precisa la declaración de herederos del causante, y, no obstante, el plazo para el pago del impuesto se cuenta desde el día del fallecimiento, cualquiera que sea la fecha en que se solicite y obtenga dicha declaración.

El segundo efecto de la presunción de muerte, en cuanto a los bienes del ausente, es la adquisición de los mismos por los herederos testamentarios o legítimos de éste, adquisición que es de los bienes citados con toda la extensión del derecho de dominio, aunque sujeta a la limitación de que el ausente comparezca o se pruebe su existencia, limitación que en nada afecta al derecho dominical, pues el heredero hace suyos, no sólo los bienes, sino también las rentas. Es un caso parecido a aquel en que, muerto un individuo, al parecer sin testamento, se adjudican los bienes a los herederos legítimos, y si después aparece la disposición testamentaria, tendrá que entregarlos a los instituidos en ella; pero a nadie se le ocurrirá pensar que aquéllos sólo poseyeron las rentas. Está, por

consiguiente, sujeta esta adjudicación a una condición resolutoria, que es la comparecencia o existencia probada del ausente; pero esta adjudicación, ¿puede consolidarse definitivamente por la prescripción, aunque vuelva el ausente? De ningún modo, pues a ello se opone, de un lado, el título con que el heredero los posee, y de otro el art. 194 del Código, que inmediatamente examinaremos. Ahora que, mientras no suceda el supuesto de este artículo, el heredero es el verdadero propietario, y puede ejercer sobre los bienes todas las facultades dominicales, enajenándolos, hipotecándolos, etc.

Los efectos que se originan por la presentación del ausente, los determina el art. 194, que dice así: «Si el ausente se presenta, o, sin presentarse, se prueba su existencia, recobrarán sus bienes en el estado que tengan y el precio de los enajenados o los adquiridos con él, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.» Este precepto es consecuencia lógica del carácter de presunción *juris tantum* que tiene el tercer período de la ausencia, y por eso, demostrada la inexacta defunción del ausente, como cesa la causa, o sea, la presunción de su fallecimiento, también deben cesar sus efectos.

Dos son los casos de la revocación de la presunción de muerte: uno, cuando se presenta el ausente, el cual, por su absoluta claridad, no requiere ninguna aclaración; y otro, cuando, sin presentarse, se prueba su existencia, lo que es mucho más amplio que lo exigido en el art. 191 para la declaración de presunción de muerte, pues para que ésta quede sin efecto es bastante que, de cualquier modo, se pruebe su existencia, sin exigirse que las noticias sean directas del ausente. Por lo tanto, como donde la ley no distingue no se debe distinguir, creemos que servirán para justificar la existencia del ausente todos los medios de prueba reconocidos, que tiene que aportar el que tenga interés en que cese el estado de presunción de muerte, pudiendo impugnarlos el que esté interesado en mantener dicho estado, y el Juez, apreciando las pruebas practicadas, decidirá, con arreglo a su sano criterio, si está o no probada la existencia del presunto muerto, dejando dicha presunción sin efecto o manteniéndola, en vista de la apreciación racional que haga de dichas pruebas. Si el ausente se presenta, no hay que demostrar nada, e *ipso facto* se dejará sin efecto la muerte presunta del mismo.

Demostrada la existencia del ausente, el primer efecto que produce es que éste recobrará sus bienes *en el estado que tengan*, esto es, sin abono de mejoras ni de perjuicios o deterioros, mientras se encuentren en poder del adjudicatario o de sus herederos, pues éste los ha poseído durante la presunción con plenísimo derecho, por lo que los aumentos o deterioros causados en los mismos bienes ni aprovechan ni benefician al heredero, en general, y si algunos han sido enajenados, tendrá éste que devolver su importe, o los nuevos bienes que con el precio de la enajenación se hubieran adquirido. En cuanto a los frutos y rentas, no puede reclamarlos el ausente, porque como los bienes han estado poseídos en nombre propio, a título de heredero, y los ha recibido con buena fe y con el justo título de la declaración judicial, es evidente que la restitución de dichos frutos y rentas debe regirse por lo dispuesto para los poseedores de buena fe, haciéndolos suyos el heredero por aplicación analógica del art. 451 del Código civil; pero esto se entiende subordinado a lo establecido en el artículo 158, por lo que si los que entraron en posesión de la herencia conocían la existencia del ausente, y, por consiguiente, no obraron con buena fe, puede éste reclamar a aquéllos o a sus causahabientes dichos frutos y rentas, siempre que pruebe la falta de buena fe en el que los hubiera percibido.

Finalmente, la presencia del ausente o la prueba de su existencia, produce el efecto de revocar la donación que hubiere sido hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio, por ordenar categóricamente el art. 644 del Código que la donación hecha por persona de las condiciones antes dichas, queda sin efecto y revocada por el mero hecho de resultar vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación. Y otro efecto que produce, aunque no es exclusivo de la presunción de muerte, sino aplicable a los tres períodos de la ausencia, es la rescisión de los contratos celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquéllos, salvo en los contratos celebrados con autorización judicial, en los cuales, por las

formalidades que han precedido y rodeado a su celebración, no se da la rescisión (arts. 1.291 y 1.296). La acción rescisoria concedida al ausente puede ejercitarse, según el art. 1.299, durante el plazo de cuatro años, contados desde que el domicilio de aquél sea conocido.

CAPITULO XII

Derecho adjetivo o procedimiento para declarar la presunción de muerte.

Ni el Código, cosa natural por no ser materia propia del mismo, ni la ley de Enjuiciamiento civil, determinan qué Juez será competente para declarar la presunción de muerte de un ausente; entendemos que será aplicable el art. 63 de dicha ley, que establece la competencia para la declaración de ausencia a favor del Juez del último domicilio que el ausente tuviere en territorio español, no sólo por ser la única regla analógica que puede invocarse, sino porque, no conociéndose el domicilio del ausente, faltaria la razón en que fundamentar la competencia con otro Juzgado. Por consiguiente, la declaración habrá de hacerse por el Juez del último domicilio del ausente.

Antes de exponer las reglas procesales que deben seguirse para solicitar dicha declaración, debemos fijar la atención en la diferencia de redacción que se observa entre los arts. 181, 184 y 191 del Código. En efecto: en los dos primeros se establece una facultad potestativa, no imperativa, para el Juez, diciendo, respectivamente, «podrán adoptarse las medidas provisionales», y «podrá declararse la ausencia», mientras que en el 191 la facultad es imperativa, diciendo «el Juez *declarará* la presunción de muerte». Por consiguiente, así como en los dos primeros estados de la ausencia puede o no el Juez adoptar las medidas provisionales o declarar la ausencia, conforme a su criterio, en el tercer estado, probado que concurren las circunstancias mencionadas en el art. 191 citado, o sea, que han transcurrido treinta años desde la desaparición del ausente o desde que se recibieron sus últimas noticias, o noventa desde su nacimiento, el Juez no tiene otro remedio que

declarar la presunción de muerte. La razón de esta diferencia estriba en que en el último período de la ausencia ha desaparecido la probabilidad de vida, siendo sustituida por la muerte del ausente, y es necesario que no queden por más tiempo en lo incierto los derechos de los que hayan de sucederle.

Esta declaración de muerte presunta no puede hacerse de oficio, sino a instancia de *parte interesada*, debiendo considerarse como tal todos los que tengan interés en dicha declaración, o sea, como dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de Julio de 1932, cuando el solicitante sea portador de un interés que, de cualquier modo, aparezca subordinado al hecho presuntivo de la muerte del ausente, debiendo tenerse por suficiente, para legitimar activamente aquella pretensión, la presencia de un derecho posible, sea o no de naturaleza hereditaria. Claro es que se ha de justificar por el solicitante el interés o derecho que alegue, para que pueda tenersele como parte y con completa personalidad; pero, ¿de qué clase ha de ser esa justificación? El Supremo Tribunal, en la sentencia antes citada, establece que «la solicitud del titular del derecho alegado, con la concurrencia de las demás circunstancias definidas por la ley en orden a la duración de la ausencia o al cómputo de edad del ausente desde la fecha de su nacimiento, hacen procedente la declaración judicial solicitada, sin hacer condición de la misma un antejuiicio completo respecto de la existencia, calidades y situación de efectividad del derecho invocado por aquél, ya que todas estas definiciones formales corresponden a un juicio contradictorio que no cabe en el procedimiento en que se substancia la pretensión del art. 191 del Código civil; o sea, que es suficiente acompañar a la demanda los documentos que prueben el interés alegado en aquélla; por ejemplo, los que justifiquen el parentesco, si el interés alegado es sucesorio, aunque después se acredite la existencia de otros herederos preferentes, toda vez que esto sólo se puede dilucidar en la ejecución de la sentencia de presunción de muerte, e incluso cuando el solicitante es hijo del ausente, hasta que no se obtenga la citada sentencia no puede fijarse con exactitud las condiciones de efectividad de su derecho hereditario, pues puede aparecer un testamento en que resulte desheredado.

¿En qué procedimiento ha de obtenerse la declaración de presunción de muerte? Es este punto objeto de discusión por los comentaristas, opinando algunos, como MUCIUS SCAEVO-
LA, que debe ser un acto de jurisdicción voluntaria, por entender que la palabra *sentencia*, empleada en el art. 192 del Código, debe tomarse en sentido genérico como comprensiva de toda clase de resoluciones judiciales; pero otros, con mayor razón, a nuestro juicio, entre ellos MANRESA, sostienen que debe hacerse en juicio contradictorio, fundándose en que «el art. 2.047 de la ley de Enjuiciamiento civil reconoce que la indicada declaración ha de hacerse en el juicio correspondiente; lo cual supone la idea de contención entre partes; que, habiendo tenido el Código, en los anteriores períodos de la ausencia, especial cuidado en significar el carácter discrecional y potestativo de las resoluciones que los Tribunales hubieren de dictar a consecuencia de dicho estado, no es posible suponer que haya procedido de ligero en el presente, atribuyendo el carácter de sentencia al acuerdo que hubiera de adoptarse, si no hubiera sido éste su propósito; y que debe tramitarse por las reglas establecidas para los juicios, como sucede con la prodigalidad, incapacidad y otros estados de la persona, por las graves consecuencias que dicha resolución puede producir, toda vez que a virtud de ella se abre la sucesión del ausente, y sus bienes pasan—aunque a calidad de reversión en su caso—, al patrimonio de sus herederos». Además, agregamos por nuestra parte, según el art. 1.811 de la ley adjetiva, son actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas, y en la demanda de presunción de muerte hay contienda entre partes conocidas, que son: de un lado, el que solicita tal declaración, y de otro, el administrador o representante del ausente, si tuviere motivos para impugnar tal solicitud, y el Ministerio fiscal por el interés que puedan tener personas desconocidas o ausentes, y, en su caso, el Estado, por lo que claramente se demuestra que no está incluida esta demanda en la definición de los actos de jurisdicción voluntaria.

Por otra parte, el citado art. 2.047 establece que dicha declaración se hará en el juicio correspondiente, lo que revela

que el legislador quiso que su tramitación se ajustase a las reglas de los juicios declarativos, dado que si fuera otro su criterio, hubiera establecido, al igual que hace para los dos primeros periodos de la ausencia, las reglas procesales pertinentes. Por consiguiente, son de aplicación los arts. 481 y 483 de la ley Rituaria civil, los que ordenan, respectivamente, que toda contienda entre partes (y la solicitud de presunción de muerte lo es) que no tenga señalada tramitación especial, será ventilada y decidida en el juicio ordinario declarativo correspondiente, y que se decidirá en juicio ordinario de mayor cuantía *las demandas que versen sobre el estado civil y condición de las personas.*

Así es que la demanda se tramitará por las reglas del juicio ordinario de mayor cuantía, debiendo dirigirse contra el administrador o representante del ausente, y si es éste el demandante, así como en todo caso, se debe emplazar por edictos a los que se crean con motivo para impugnarla o con derecho a los bienes del ausente, y al Ministerio fiscal, según decimos antes. Seguido el juicio por sus trámites, se dictará sentencia accediendo a la demanda, forzosamente, si resultan acreditados los extremos del art. 191 del Código civil, contra cuya sentencia se pueden utilizar los recursos de apelación y casación: una vez firme, por no haber sido interpuestos o después de ser resueltos dichos recursos, se ordenará su publicación por edictos en los periódicos oficiales, no pudiendo ejecutarse hasta que no transcurran seis meses de esta publicación, y transcurridos éstos, se abrirá la sucesión en los bienes del presunto muerto, pero para poder determinar la clase de juicio en que se hayan de adjudicar los bienes, se reclamará previamente, a la Dirección General de los Registros, certificación del Registro general de Actos de última voluntad, expresiva de si el presunto muerto otorgó o no testamento, y, en su caso, la fecha del último, según ordenan y autorizan los Reales decretos de 14 de Noviembre de 1885 y 27 de Septiembre de 1889, y los arts. 352 y 353 del Reglamento sobre la Organización y Régimen del Notariado. Si, como consecuencia de esta certificación, apareciere un testamento cerrado, se procederá a su apertura.

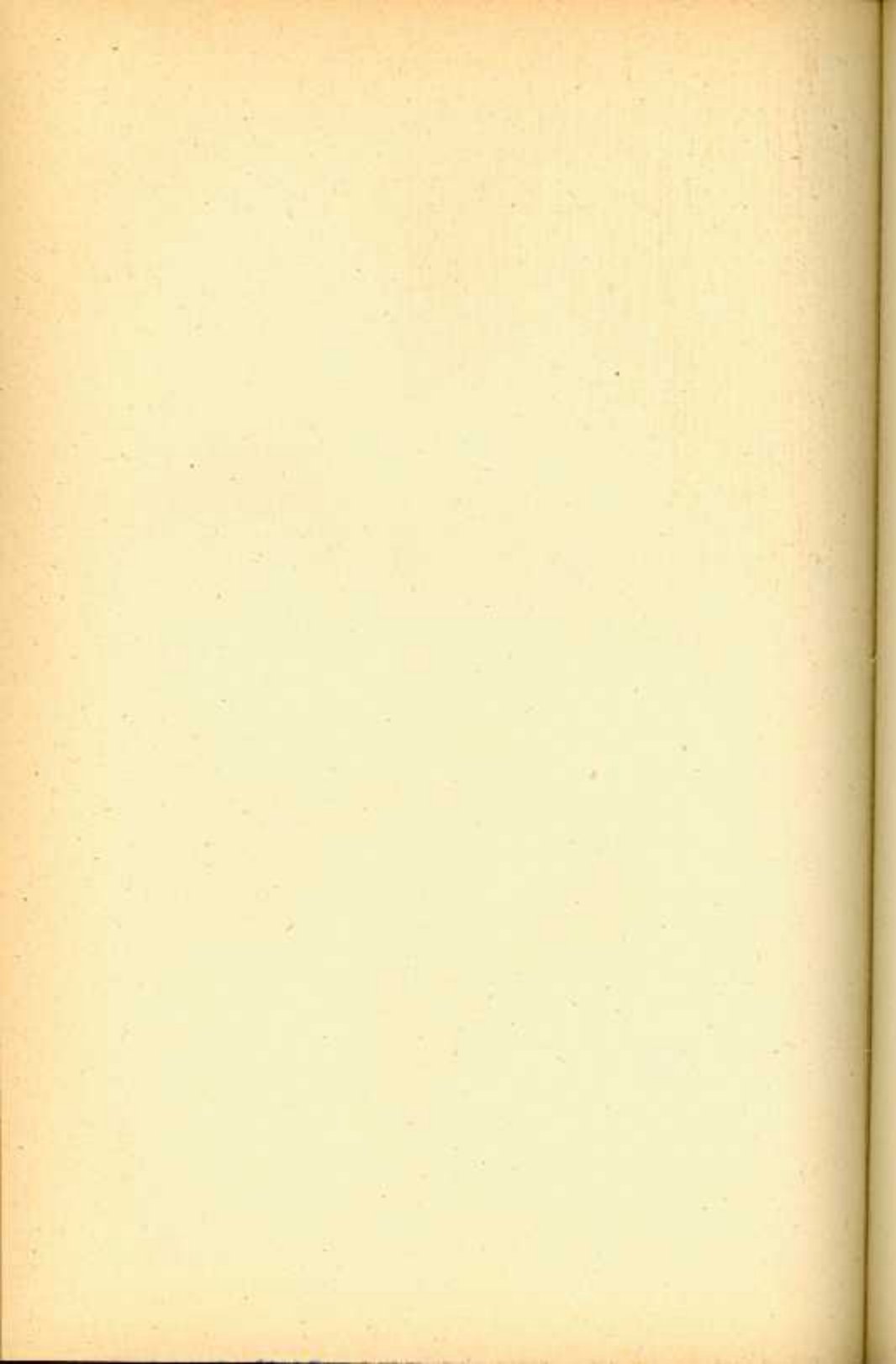
Hay que tener en cuenta que, así como el auto declaratorio de ausencia y el nombramiento de administrador son ins-

cribles en el Registro de la Propiedad, cuando existan inmuebles, igualmente es objeto de dicha inscripción la ejecutoria en que se declare la presunción de muerte de personas ausentes, según el núm. 4.º del art. 2.º de la ley Hipotecaria, cuya ejecutoria contendrá los requisitos establecidos en el art. 15 de dicha ley, y en los 19 y 73 del Reglamento; así lo ha confirmado la jurisprudencia hipotecaria, estableciendo la Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de Enero de 1893, que es inscribible la sentencia firme de presunción de muerte, pero si existe auto declaratorio de herederos, basta presentar la sentencia al Registrador para su calificación, y que en un solo asiento se registren ambos documentos.

Una vez hecho esto, se procederá, a instancia de parte interesada, o, mejor dicho, legítima, a promover el juicio de testamentaria o abintestato correspondiente, pero, una vez formalizados judicialmente los inventarios y depositados los bienes, es aplicable el art. 1.047 de la ley de Enjuiciamiento civil, pudiendo pedir los herederos que cese la intervención judicial y adoptar los acuerdos que estimen convenientes; pero mientras esto no se haga, será parte en los mismos el Ministerio fiscal, al que hay que citar para la formación de los inventarios de bienes y de títulos, y de papeles de importancia.

Finalmente, la revocación de la presunción de muerte por probarse la existencia del ausente, ha de hacerse también en juicio declarativo de mayor cuantía; no así cuando el ausente se presente, pues en este caso no se precisa contienda entre partes, salvo las derivadas por la entrega de los bienes y reclamación de frutos y rentas, cuando proceda, que se harán en el declarativo correspondiente a la cuantía, así como el ejercicio de las acciones rescisorias que pudieran corresponderle, en los casos explicados en el capítulo precedente.

DISPOSICIONES COMUNES A LOS TRES ESTADOS
DE AUSENCIA



CAPITULO XIII

Efectos de la ausencia, relativamente a los derechos eventuales del ausente.

Consecuencia lógica del carácter tutelar y protector que la institución de la ausencia lleva consigo, son los preceptos consignados en el cap. V, tit. VIII del lib. I del Código. En los capítulos anteriores del citado título, se ocupa éste de la ausencia con relación a los bienes y derechos efectivos del ausente, es decir, de aquellos que poseía al tiempo de constituirse en ausencia; y en el mencionado cap. V se ocupa el Código de los derechos eventuales del mismo, o sea, de los que pudieran nacer en lo futuro, o de aquellos cuya realización dependa de un hecho eventual, ocurrido después de estar ausente, pues el patrimonio está constituido, no sólo por los derechos e intereses efectivos, sino también por los eventuales, y por la conservación e integridad de uno y otros debe velar el legislador.

Algunos autores opinan que este capítulo sólo se refiere a los efectos jurídicos de la presunción de muerte, pero no estamos conformes, pues basta leer su epígrafe para comprender que los preceptos que contiene se refieren a los tres períodos de ausencia. En efecto: mientras el ausente viva puede, en cualquier tiempo, adquirir y transmitir derechos, bien en el estado de mero aseguramiento de sus bienes, como en los de declaración de ausencia y presunción de muerte, y, claro es, que a todos estos estados tienen que aplicarse las disposiciones contenidas en el citado capítulo. Este comprende cuatro artículos, señalados con los núms. 195 al 198 inclusivos, y para su debida exposición e inteligencia, los estudiaremos por separado.

El art. 195 dice así: «El que reclame un derecho perteneciente a una persona cuya existencia no estuviere reconocida, deberá probar que existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.»

La redacción de este artículo confirma lo que acabamos de exponer, o sea, que hace referencia a los tres períodos de ausencia, como lo comprueba la frase «una persona cuya existencia no estuviere reconocida», y esto, lo mismo puede ocurrir en el período de medidas provisionales, como en los de declaración de ausencia o presunción de muerte, opinión que está avalada por la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la recientísima sentencia de 9 de Febrero de 1935, en la que fué Ponente el insigne Maestro Sr. CASTAN, estableciendo que «la doctrina del citado art. 195, que no es, en realidad, más que una aplicación al estado de ausencia, de los principios del Derecho común, conforme a los cuales, para adquirir derechos es precisa la existencia de quien ha de ser sujeto de ellos, y la prueba de esta circunstancia incumbe a quien reclama y afirma, ha de entenderse que rige para toda persona que haya desaparecido de su domicilio y se ignore su paradero, siempre que el estado de ausencia haya sido objeto de constatación judicial, en cualquiera de sus grados o momentos, como así lo confirma la amplia frase «persona cuya existencia no estuviere reconocida», que nuestro Código ha tomado del modelo francés, pues es obvio que la incertidumbre sobre la existencia del ausente, que caracteriza esencialmente su estado, nace, legalmente y de hecho, el día de su desaparición o de sus últimas noticias».

El derecho perteneciente a esa persona tiene que ser adquirido por la misma durante su ausencia, o sea, que se refiere a un derecho eventual, y por eso impone al que reclame ese derecho la obligación de probar que existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo; no es bastante, por consiguiente, la presunción de vida, que domina en los dos primeros períodos de la ausencia, sino que es indispensable demostrar de una manera inequívoca la existencia del ausente cuando le fué transmitido el derecho objeto de la reclamación, porque ni los muertos pueden adquirir, ni tienen tampoco esta facultad las personas sobre cuya existencia reina incertidumbre, a menos que desaparezca ésta mediante una

cumplida prueba de que vive o vivía en la fecha de la transmisión. Por regla general, la aplicación de este artículo tendrá lugar con motivo de la sucesión hereditaria, bien que a ella sea llamado el ausente, o que un acreedor de éste trate de cobrar su crédito en los bienes de la herencia; y tanto en un caso como en otro es necesario probar que el ausente vivía cuando se abrió la sucesión dicha, puesto que los derechos a la sucesión de una persona—según el art. 657—se transmiten desde el momento de su muerte, y los herederos suceden al difunto, por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones (art. 661), y como sólo puede adquirirse la herencia por las personas que vivan al tiempo del fallecimiento del causante, es indudable que, conforme a los principios fundamentales de derecho, es necesario justificar la existencia del ausente en dicho momento, para que la transmisión pueda efectuarse, justificación que tiene que hacer el que reclame el derecho, por el axioma jurídico que ordena que incumbe la prueba de los hechos al que afirma su existencia (*onus probandi incumbit actori*).

Así interpreta este artículo el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de Noviembre de 1927, en la que se discutía la siguiente cuestión: Fallecido un señor sin testamento, dejó como pariente más próximo a un solo hijo, que estaba declarado ausente desde varios años antes de ocurrir la defunción de su padre; dos sobrinas del causante solicitaron la declaración de herederos a su favor, con exclusión del hijo ausente, a cuya pretensión se opuso la esposa de éste, por su carácter de esposa y administradora de los bienes del mismo, recabando que se hiciera dicha declaración a su favor, y seguido el juicio por sus trámites, se dictó la mencionada sentencia, que sienta la siguiente doctrina: «Fundado el derecho sucesorio en la existencia real de la persona llamada a obtenerle, pues que sólo así tiene una explicación admisible el orden de suceder que la ley señala, es evidente que para que aquel derecho pueda tener la debida efectividad, se requiere inexcusablemente que el llamado a ser heredero viva, lo que no puede afirmarse con relación al ausente, cuya situación de hecho indiscutiblemente no es de existencia ni de inexistencia, y si propiamente indefinida, como lo justifican las disposiciones relativas a los caps. I al IV del tit. VIII, lib. I, del Código

civil, referentes a las medidas provisionales en casos de ausencia, declaración de ausencia, administración de los bienes del ausente y presunción de muerte, encaminadas, como su misma índole denota, a la custodia y atención de los derechos y bienes que al ausente perteneciesen, y siempre admitiendo la posibilidad de que el ausente comparezca y sea por ello forzoso reintegrarle en los derechos que le pertenecían; pero aquellas disposiciones no pueden ser referidas más que a los derechos ciertos y conocidos al tener lugar la ausencia, porque lo relativo a los originados posteriormente han de regirse por lo estatuido en el cap. V de dichos título y libro, que regula lo concerniente a los efectos de la ausencia relativamente a los derechos eventuales del ausente, y por especial modo el art. 195; que el texto de este artículo no puede ofrecer duda sobre su inteligencia, y así hay que aplicarlo, estimando que cuando se reclama un derecho que incuestionablemente pertenecía a un ausente, si éste existiera, como quien tal derecho opone a la demanda, y en tal sentido afirma la existencia de aquél, es la esposa y administradora del mismo, notorio es que a ésta incumbe probar que el ausente vivía al morir su padre, porque sólo así tendría derecho a sucederle, y como tal hecho, sobre no estar reconocido, no ha sido objeto de prueba alguna, es forzosa la conclusión de que, no habiéndose cumplido el esencial requisito del repetido art. 195 del Código civil, carece el recurso de la indispensable base...»

Esta doctrina está confirmada en la recentísima sentencia de 9 de Febrero de 1935, antes citada, la que declara, además, que «para el efecto de los derechos eventuales que puedan corresponder al ausente desde su desaparición o sus últimas noticias, es indiferente la graduación progresiva que atraviesa o puede atravesar la situación legal del ausente y que tanto papel juega en la suerte del patrimonio que haya dejado, no pudiendo aceptarse, en buena lógica, que el hecho de no haber solicitado, previamente a la declaración de presunción de muerte, las medidas conservativas del patrimonio y la declaración de ausencia (que se establecen por la ley, no sólo en beneficio de los presuntos herederos, sino también, y sobre todo, en favor del ausente mismo), tenga trascendencia suficiente para modificar el régimen de los derechos sucesio-

rios, en provecho exclusivo de quienes han omitido el cumplimiento de esas normales diligencias».

De modo que el principio general relativo a la adquisición de los derechos eventuales del ausente, lo consigna el artículo que examinamos, y, con arreglo a él, siempre que se reclame un derecho perteneciente a un ausente, en cualquiera de los tres períodos legales de la ausencia, después de estar constituido en dicho estado, es requisito indispensable, para que la adquisición o transmisión se efectúe, y cualquiera que sea la naturaleza o carácter de ese derecho, que se justifique la existencia del ausente en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

* * *

Una aplicación de este principio general es el art. 196, que sienta una regla para los derechos hereditarios, y, literalmente, dice: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, abierta una sucesión a la que estuviera llamado el ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, a no haber persona con derecho propio para reclamarla. Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer inventario de dichos bienes, con intervención del Ministerio fiscal.»

Su fundamento es el mismo que el consignado para el artículo anterior, y así lo demuestran las palabras con que empieza éste que ahora examinamos, pues para que una herencia pueda dividirse, bien por testamento o por ministerio de la ley, es preciso que conste de un modo inequívoco la existencia real del heredero, y como la del ausente es indefinida, reinando en la misma la incertidumbre, no puede reconocérsele capacidad para la adquisición sucesoria. Por esto es necesario que se pruebe la existencia del ausente en el momento de la transmisión hereditaria, y si esta prueba no se efectúa de un modo que no deje lugar a dudas, respecto a este extremo tan importante, su porción hereditaria pasará a sus coherederos, a no haber persona con derecho propio para reclamarla. Además, para ostentar la cualidad de heredero es preciso que se acepte la herencia a que se sea llamado, aceptación que puede ser expresa, por medio de manifestaciones de palabra, o tácita.

ta, por la ejecución de actos que la hacen presumir, según el Código, y el ausente no puede hacer tales manifestaciones de aceptación porque su existencia es ignorada, y esta ignorancia acerca de la existencia está reconocida por el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de Abril de 1901, la que establece que «la institución de la ausencia, establecida lo mismo en la ley de Partidas que en el vigente Código, se refiere a un estado de derecho creado por la desaparición de una persona respecto de la que *no se puede afirmar si vive o ha muerto*, por ser desconocidas las circunstancias de su vida misma, desde el momento de su desaparición, o desde que se tuvieron de él las últimas noticias», por lo que, siendo necesaria la aceptación para ostentar la cualidad de heredero, y no pudiendo hacerla el ausente, ni por sí ni por mediación de otras personas, por las dudas que reinan en torno a su existencia, no puede asignársle su porción hereditaria, a menos que se pruebe cumplidamente que vivía cuando falleció el causante, que es el momento que se abre la sucesión de éste.

Esto tiene una excepción, y es cuando existan personas con derecho propio para reclamar la porción hereditaria a que el ausente está llamado; ¿quienes serán esas personas a las que el Código considere con derecho propio para reclamar la parte del ausente? Un autor entiende que sólo están incluidos en estos términos las personas que gozan del derecho de representación, y con este criterio estamos conformes, dado que, según el art. 924, llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiese podido heredar; y como el ausente ya hemos dicho que está incapacitado para admitir la herencia, precisamente por su ausencia, nada más lógico, y conforme a los principios fundamentales del Derecho, que, en sustitución de él, sean llamados a la herencia las personas designadas por la ley para representarle. Pero no sólo son éstas a las que se refieren los términos indicados del artículo que comentamos, sino a todos los que, con arreglo a la ley, puedan ejercitar los derechos del ausente, los cuales tienen perfecto derecho a reclamar la porción hereditaria perteneciente a éste, como los demás derechos eventuales del mismo, siempre que prueben la existencia del ausente al tiempo de abrirse la sucesión. Por ejemplo, la mujer represen-

tante del ausente durante los dos primeros períodos de la ausencia, puede reclamar la parte correspondiente al mismo en la sucesión que se pueda abrir en cualquiera de dichos períodos, con tal que justifique la existencia del ausente en el momento de la muerte del causante, que es cuando se abre su sucesión, por aplicación de la regla general contenida en el art. 195, el cual es aplicable, dadas las palabras con que empieza el 196, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior», y lo mismo sostenemos de los demás representantes y administradores del ausente.

Por consiguiente, si existen personas que en nombre y representación del ausente pueden reclamar, en beneficio de éste, la porción hereditaria a que fuere llamado, gozarán de preferencia para disfrutar del derecho sucesorio, siempre que prueben la existencia del ausente en el momento que se abrió la sucesión; si esta prueba no pudiera hacerse, tendrán derecho a disfrutar la porción hereditaria los que tengan el derecho de representación, o sean herederos sustitutos, en el caso de que en el testamento se hagan sucesivos llamamientos; y en defecto de estas personas, dicha porción acrecerá a los coherederos, si bien sólo provisionalmente, como después exponeremos. Para que el derecho de acrecer se dé, por lo tanto, es preciso que el ausente sea llamado a la herencia en unión de otros herederos, dado que, como dice VALVERDE, dicho derecho es la facultad de recibir un coheredero o legatario que ha aceptado su parte, la porción vacante de otro copartícipe en la herencia o en el legado; pero este derecho de acrecer, ¿es forzoso para los coherederos? O, dicho en otros términos, ¿pueden éstos renunciar a este derecho en beneficio del ausente, admitiéndole en la partición y adjudicándole su parte? Creemos que sí, porque aunque este artículo emplea la forma imperativa *entranán*, lo que concede es un derecho más que una obligación, en beneficio de los presentes, y como todos los derechos son renunciables, claro es que puede hacer dejación del mismo en beneficio del ausente; lo único discutible es que no se puede demostrar la existencia del ausente al tiempo de ocurrir la defunción del causante, y que haya que declararle presunto muerto en el supuesto del art. 191, en cuyo caso no puede adquirir ningún derecho en la sucesión, y entonces debe estimarse también válida la renuncia considerán-

do que la misma se hizo en consideración al ausente, pero en beneficio de las personas que tenían derecho propio para reclamar la herencia, y que no pudieron hacerlo por la imposibilidad en que se encontraban de demostrar la existencia del ausente en el momento de abrirse la sucesión.

En el supuesto de que no haya coherederos, por ser el ausente el único llamado por el testamento o por la ley, y las personas con derecho propio para reclamar la herencia no puedan realizarlo, ante la imposibilidad en que se encuentren de probar la existencia de aquél al tiempo del fallecimiento del causante, ¿quién hereda, o a quién se refiere la herencia? Decididamente creemos que en tal caso pueden reclamar la herencia los demás que tuvieren *derecho propio* para ello, o sea, los que hubieren de heredar a falta del ausente, bien por derecho de representación o por propio llamamiento, dado que el artículo concordante, 328, del Proyecto de Código de 1851, dice expresamente que *continúan en la herencia los que debían ser coherederos «o suceder por su falta»*, y de este precepto no puede prescindirse para explicar las omisiones del vigente Código, en virtud de lo establecido en la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, por constituir, con arreglo a la primera de ellas, si no una fuente legal de derecho, sí una fuente importantísima de interpretación de nuestro Código; y, por último, ante la imposibilidad legal del ausente para adir la herencia, como ésta no puede quedar vacante, hay que aplicar la regla general de la sucesión intestada de adjudicarla al pariente de grado más próximo, por el orden establecido en el cap. IV del tit. III del lib. III del Código civil; así ha opinado también el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 24 de Noviembre de 1927, en la que, por no haberse demostrado la existencia del hijo ausente al tiempo del fallecimiento de su padre, y por carecer aquél de ascendientes y descendientes, se declararon herederos del causante a las sobrinas carnales del mismo, como sus más próximas parientes, dado que el fundamento del derecho sucesorio es la existencia real de la persona llamada a obtenerle, y sólo así tiene una explicación admisible el orden de suceder que la ley señala.

El derecho de acceder que se concede a los coherederos, lo mismo que el de las personas con derecho propio para reclamar la porción hereditaria del ausente, no es de dominio, sino

de mera posesión civil, toda vez que las adjudicaciones que se hagan están sujetas a que comparezca el ausente, o sean ejercitadas sus acciones por sus representantes o causahabientes, cual explicaremos al estudiar el art. 198, por lo que puede decirse que es una adquisición condicional; y como está sujeta a resolución, es indudable que, a fin de evitar fraudes y ocultaciones, se hará inventario de los bienes que en dicho concepto reciba de los coherederos o personas mencionadas, con intervención del Ministerio fiscal, por ser a éste al que corresponde, según la ley, la representación y defensa de los ausentes.

Por último, este artículo ha sido aplicado por la Dirección General de los Registros en Resolución de 7 de Febrero de 1902, estableciendo en su primer Considerando que, si bien cuando se declara la presunción legal de muerte de un ausente debe abrirse su sucesión testamentaria o abintestato, conforme a lo dispuesto en el art. 193 del Código civil, esto es y se entiende con relación a los bienes que poseyera el propio ausente, pues respecto a la herencia a que el mismo sea llamado, hallándose en dicho estado de ausencia, dispone el art. 196 que la parte que le corresponda debe acrecer a sus coherederos, a no haber persona con derecho propio para reclamarla.

* * *

Como consecuencia de la posesión civil que otorga el artículo 196 a los coherederos o a las personas con derecho propio para reclamar la porción hereditaria a que estuviere llamado el ausente, dispone el art. 197: «Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes. Estos derechos no se extinguirán sino por el lapso de tiempo fijado para la prescripción. En la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles que acrezcan a los coherederos se expresará la circunstancia de quedar sujetos a lo que dispone este artículo.»

Así como el 196 establece como garantía de los derechos del ausente la formación de inventario, con intervención del

Ministerio fiscal, el art. 197 prescribe nuevas garantías, no sólo a favor de los derechos de aquél, sino también de sus representantes o causahabientes, garantías que no implican mengua del derecho de los presentes. En efecto: el dominio que se concede a los coherederos, aunque condicional y subsidiario, es, al fin y al cabo, dominio, y si no se reservaran y quedaran a salvo las acciones que pudieran competir al ausente, sus representantes o causahabientes, para reclamar la parte de herencia a que fuera llamado el ausente vivo al tiempo de abrirse la sucesión, se convertiría ese dominio condicional en una verdadera expoliación. Garantizando, pues, el derecho de estas personas, se les reservan las acciones que les pudieran corresponder, pero las mismas se extinguirán por el lapso de tiempo fijado para la prescripción, lo cual es lógico, dado que, como afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de Mayo de 1903, el fundamento de la prescripción es el de dar firmeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas no se ajusten siempre a principios de estricta justicia, que hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida.

Este artículo declara prescriptible la acción de petición de herencia entre coherederos, pues tal es la consideración que tiene el ausente cuya existencia se demuestra en el momento de abrirse la sucesión, y a simple vista hay una contradicción entre el mismo y el art. 1.961, que declara no prescribe entre coherederos la acción para pedir la partición de la herencia; pero no hay tal contradicción, porque para que se dé esta imprescriptibilidad es preciso que se cumpla el supuesto implícito en el texto legal, de que se posean los bienes de *consumo o proindiviso*, pues si uno de los coherederos posee las cosas en nombre propio y por tiempo suficiente para ganarlas por prescripción, dichas acciones prescribirán, según tiene declarado el Tribunal Supremo en repetida jurisprudencia, entre otras, en las sentencias de 15 de Abril de 1904 y 6 de Junio de 1917.

¿Qué plazo se exigirá para la prescripción, y, por lo tanto, para la consolidación del dominio revocable de los coherederos? Depende el mismo de la clase de acción que compete

al ausente o a sus representantes o causahabientes, y de la naturaleza de los bienes sobre los que aquella acción se ejerza, diciendo nosotros únicamente que las acciones reales sobre los bienes inmuebles prescriben a los treinta años, salvo que los coherederos hayan adquirido el dominio por la prescripción de veinte años entre ausentes, entendiéndose como tales a los que residan en el Extranjero o en Ultramar, según los artículos 1.963, 1.957 y 1.958 del Código. Ahora bien; estos plazos para la prescripción adquisitiva se cuentan, no a partir del año en que se declaró la presunción de muerte, sino desde el momento en que comience a tenerse la posesión con los caracteres requeridos en el art. 1.941, ó sea, en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, y es indudable, como afirma la sentencia de 9 de Febrero de 1935, que hay que reputar como posesión en concepto de dueño, sin vicio de precariedad, la adquirida por virtud de títulos que sirven normalmente para transmitir el dominio.

El artículo que examinamos no se refiere a los acreedores del ausente, y surge la duda de si estarán o no incluidos en el mismo. MANRESA, con el que estamos conformes, opina afirmativamente, porque de lo contrario, dice, «vendría el Código a autorizar la injusticia de que, temiendo el ausente acreedores, vieran éstos desvanecerse sus esperanzas y los medios de realización de sus créditos, porque los coherederos hacían suya, en virtud del derecho de acrecer concedido en el artículo anterior, la parte de herencia correspondiente al deudor; y no sólo se incurriría en esta injusticia, sino que, además, resultaría el precepto en contradicción con el art. 1.001, que, aún en el caso de repudiación expresa de la herencia, facilita a los acreedores del heredero repudiante el medio de aceptarla en su nombre, y con mucho más motivo debe admitirse esto en el caso del ausente en que, si bien no consta la voluntad de aceptar la herencia, tampoco puede asegurarse que su propósito sería el de renunciarla. La ley no ha podido olvidar tan legítimos derechos, y en este concepto, por causahabientes del ausente deben entenderse todos aquellos que tienen un derecho derivado de la persona que la causa, en cuya definición están comprendidos los legatarios y los acreedores, y así opinan también GARCIA GÓMEZ, DEMOLOMBE, ROGRON y otros».

Finalmente, dispone el art. 197 que en la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles que acrezcan a los coherederos, se expresará la circunstancia de quedar sujetos a devolución, por el posible ejercicio de las acciones y derechos antes indicados. Esta disposición es conforme con los principios que informan nuestro sistema hipotecario, especialmente el de publicidad, por el cual debe constar esa condición resolutoria en el Registro, a fin de evitar fraudes y perjuicios, y, además, mediante ella se pone a salvo el derecho que a las mencionadas personas corresponde para reclamar en tiempo la parte de herencia acrecida a los coherederos, o para ejercitar las demás acciones que les competan, dado que las acciones resolutorias no se dan contra tercero que haya inscrito los títulos de sus derechos, y que no se rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, entre otros casos, por efecto de cualesquiera acciones que las leyes concedan a determinadas personas para rescindir contratos en virtud de causas que no consten expresamente de la inscripción, según establecen los arts. 36 y 38 de la ley Hipotecaria.

* * *

El Código termina este capítulo de los derechos eventuales del ausente con el art. 198, el cual dispone lo siguiente: «Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe mientras no comparezca el ausente, o sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes o causahientes.»

El fundamento de este precepto es el mismo que hemos dejado expuesto al estudiar el art. 194, en los efectos que produce la presunción de muerte, o sea, que el Código sigue en este punto las reglas generales de la posesión de buena fe. Si el coheredero posee los bienes hereditarios en nombre y con derecho propio, con buena fe y con el justo título de heredero, así judicialmente declarado, es muy natural que haga suyos los frutos, dado que, aunque el dominio que tiene es condicional y subsidiario, sujeto a una condición resolutoria, mientras el cumplimiento de ésta no se acredite, el dominio

surte todos sus efectos, entre ellos el más natural del percibo de los frutos, como lo demuestra el art. 451, al ordenar que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión.

¿ Pueden reclamar las impensas y mejoras que hayan hecho en los bienes que constituyan la porción hereditaria del ausente? Los autores de la *Enciclopedia Española* opinan que, haciendo suyos el poseedor todos los frutos, y no teniendo que rendir cuenta alguna de ellos, natural es que soporten personalmente los gastos que hicieren, pues así como han sentido las ventajas y el lucro, justo es que no les sea lícito sacar los gravámenes y las reparaciones que hicieren, pudiendo hacerse una excepción sólo en el caso de que éstas fueren muy cuantiosas y considerables, para evitar que el ausente se enriquezca a costa del poseedor. Pero esta cuestión carece de importancia, porque, tanto ésta como las demás que puedan originarse, se resolverán por lo dispuesto en el tit. V del libro II del Código.

Para que los que hayan entrado en la herencia hagan suyos los frutos percibidos, se necesita la concurrencia de dos requisitos: que la percepción sea de buena fe, y que el ausente no comparezca, o sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes o causahabientes. Por el primer requisito se demuestra que al coheredero no le pertenecen los frutos *en todo caso*, sino sólo cuando obra de buena fe, esto es, cuando ignora que el ausente vivía al tiempo de la apertura de la sucesión, pues si conoce la existencia de éste y se apropia la porción hereditaria que le corresponde, no puede decirse que tenga buena fe, dado que ésta consiste en la creencia del poseedor de ser dueño legítimo de los bienes que posee, y mal puede tener esta creencia si conoce la existencia del ausente; en este caso carece de derecho para percibir los frutos, pues la posesión adquirida de buena fe pierde este carácter—según el art. 435—desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente; y como el poseedor de mala fe debe abonar los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, por exigencia del art. 455, es natural que si el coheredero conoce la existencia del ausente y se apropia de los bienes hereditarios que a éste pertenecen, no pueda hacer suyos los

frutos percibidos, por no ostentar la buena fe que el artículo que examinamos exige.

El segundo requisito que éste comprende es que el ausente no comparezca o sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes o causahabientes, pues si esas comparecencia o ejercicio de acciones tienen lugar, es claro que el coheredero no puede percibir los frutos que produzcan los bienes, dado que éstos no los poseerá él, sino el ausente. Si la comparecencia de éste o el ejercicio de sus acciones se efectúan antes de la partición, no se da el derecho de acrecer y se hará la adjudicación al ausente en la porción hereditaria que le corresponda; pero, si realizada la partición y acrecida a los coherederos la parte del ausente, comparece éste o se ejercita la acción de petición de herencia por sus representantes o causahabientes, desde el momento de dicha comparecencia, o la prueba por éstos de la existencia del ausente al tiempo del fallecimiento del causante, se extingue el derecho de acrecer y los coherederos tienen que devolver los bienes al ausente, dejando de percibir los frutos que produzcan desde que la devolución se efectúe, pero hacen suyos los percibidos con anterioridad, salvo que se justifique que procedieron con mala fe, según antes consignamos.

* * *

No exponemos la parte de derecho adjetivo perteneciente a este capítulo, por no ser posible sentar unas reglas fijas y generales, dado que dependerá de la clase de acción que se ejercite y del derecho que se reclame. Sólo diremos que cuando se origine discusión sobre el mejor derecho a heredar del ausente, o sus coherederos, u otras personas, en defecto de éstos, se ventilará la cuestión en el juicio ordinario declarativo correspondiente, por las reglas generales de procedimiento establecidas en la ley de Enjuiciamiento civil.

LA AUSENCIA EN DERECHO MERCANTIL.



CAPITULO XIV

La ausencia en Derecho mercantil.—Efectos que produce con relación a la capacidad de la mujer para el ejercicio del comercio, con relación a las Sociedades mercantiles y con respecto al estado de quiebra.

El Derecho mercantil es una rama del Derecho civil común, por lo que la institución civil de la ausencia es aplicable al comerciante en toda su integridad, debiendo regirse la desaparición del domicilio de un comerciante, cuando se ignora su paradero y no ha dejado persona que administre sus bienes, por los preceptos establecidos en el Código civil referentes a esta institución. De modo que al comerciante le son aplicables las disposiciones referentes a las medidas provisionales, las de declaración de ausencia y las de presunción de muerte, pues se refieren a las personas que ostenten la calidad de ciudadanos españoles como tales personas, esto es, independientemente de la profesión que ejerzan; pero la ausencia en la esfera comercial produce importantes efectos, objeto de nuestro estudio en el presente capítulo, y para su metódica exposición los dividiremos en tres grupos: 1.º Efectos con relación a la capacidad de la mujer para el ejercicio del comercio. 2.º Efectos con relación a las sociedades mercantiles; y 3.º Efectos respecto al estado de quiebra. Estudiamos por separado cada uno de estos grupos.

1.º Efectos con relación a la capacidad de la mujer para el ejercicio del comercio.

El Código mercantil, siguiendo el criterio y principio general establecido en el art. 61 del civil, exige, para que la mujer casada pueda ejercer el comercio, la licencia marital, con-

signada en escritura pública que se inscribirá en el Registro mercantil; y de tal modo es respetuoso con los derechos del marido, que ordena que la mujer que al contraer matrimonio se hallare ejerciendo el comercio, necesitará licencia de su marido para continuarlo. Pero el art. 11 establece casos en los que la mujer no precisa dicha licencia, consignando en su número tercero «el estar su marido ausente, ignorándose su paradero, sin que se espere su regreso»; por consiguiente, cuando el marido esté en dicha situación, tiene plena capacidad la mujer para ejercer libremente el comercio. Ahora bien, ¿es necesario para ello que la ausencia del marido esté judicialmente declarada, o basta que se hayan adoptado las medidas provisionales del primer período, de los tres que la ausencia comprende? Dada la redacción del citado art. 11, cabe sostener la opinión afirmativa para cuando el marido haya entrado en el primer período, pues los requisitos de éste son idénticos a los regulados en el precepto copiado, esto es, que una persona esté ausente o desaparecida de su domicilio, que se ignore su paradero, y que no se espere su regreso. Pero el Reglamento del Registro mercantil, de 20 de Septiembre de 1919, circunscribe este número a la ausencia declarada, dado que en el art. 93 establece que pueden pedir su inscripción en dicho Registro en concepto de comerciantes particulares, entre otros, las mujeres casadas, mayores de veintiún años, cuyo esposo *esté declarado ausente*, debiendo acompañar a la instancia, según el art. 95, el documento público en que conste la resolución judicial correspondiente, con arreglo a lo establecido en el art. 184 y sus concordantes del Código civil; por consiguiente, para que la mujer casada pueda ejercer el comercio sin licencia de su marido, es necesario que éste, según los preceptos citados, esté declarado ausente.

Si se han adoptado las medidas preventivas por la ausencia del marido, ¿no puede su mujer dedicarse al ejercicio del comercio hasta que no transcurra el plazo necesario para la declaración de ausencia? A pesar de los preceptos antes citados, creemos que sí, pues a la mujer del ausente le corresponde su representación, transfiriéndosele la administración de los bienes del matrimonio y la de su dote, desde el momento en que se decretan las medidas provisionales, según los

arts. 183, 1.441 y 1.443 del Código civil, y no hay ninguna razón para obligarla a esperar el transcurso de los dos o cinco años cuando antes pueda convenirle el ejercicio del comercio, sólo porque no pueda obtener la licencia marital; si, para los efectos civiles, ésta se sustituye, en el primer período, por la autorización judicial, con ésta puede dedicarse al ejercicio del comercio acreditándola debidamente en el Registro mercantil, para cumplir el art. 98 del Reglamento, que preceptúa que se inscribirán en la hoja abierta a cada comerciante particular la habilitación legal y *judicial* de la mujer para administrar, en los casos de separación de bienes de los cónyuges a que se refiere el art. 1.441, y la transferencia de la administración de su dote, en los supuestos a que se refiere el art. 1.443, ambos del Código civil, los cuales desenvuelven el núm. 7.º del art. 21 del de Comercio, el que preceptúa que en la hoja de inscripción de cada comerciante se anotará la habilitación legal o judicial de la mujer para administrar sus bienes por ausencia del marido.

Cuando la mujer ejerza el comercio en los supuestos antes dichos, solamente, dice el art. 12 del Código de Comercio, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios de la mujer y los de la comunidad o sociedad conyugal que se hubiesen adquirido por esas mismas resultas, pudiendo la mujer enajenar o hipotecar los unos y los otros, esto es, que sólo quedan obligados los bienes propios de la mujer y los de la sociedad conyugal adquiridos por el ejercicio del comercio, siendo una excepción de lo prescrito en el art. 10, excepción lógica dado que, no habiendo prestado el marido, por su ausencia, el consentimiento para que su mujer se dedique al comercio, deben quedar libres del resultado del mismo, no sólo sus bienes propios, sino los que le pertenezcan en la sociedad conyugal, independientes de las resultas comerciales.

El segundo párrafo de este artículo demuestra la certeza de la opinión que hemos sostenido antes, favorable al ejercicio del comercio cuando se adoptan las medidas provisionales, pues dispone que «declarada legalmente la ausencia del marido, tendrá, *además*, la mujer, las facultades que para este caso le concede la legislación común». Por consiguiente,

podemos afirmar que en el primer período de ausencia no sólo puede la mujer dedicarse al comercio, sino que sus efectos son los expuestos en el primer párrafo del art. 12, y en el segundo período, cuando la ausencia ha sido declarada, rige en toda su pureza el art. 188 del Código civil, el que prescribe que la mujer del ausente mayor de edad, podrá disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan; pero no podrá enajenar, permutar ni hipotecar los bienes propios del marido ni los de la sociedad conyugal sino con autorización judicial. Si, por consecuencia de la declaración de ausencia, la mujer solicita y obtiene el divorcio, claro es que entonces no necesita más que cumplir los requisitos generales, toda vez que para los efectos del ejercicio del comercio se la reputa como soltera, y con la misma capacidad que si no hubiese sido casada nunca.

2.º *Efectos con relación a las sociedades mercantiles.*

La definición legal de las Compañías mercantiles la establece el art. 116 del Código de Comercio, disponiendo que el contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones del Código. Su constitución se ha de hacer en escritura pública, que es necesario se inscriba en el Registro mercantil, diferenciándose en esto del comerciante particular, para el que es potestativa dicha inscripción.

Por la forma que pueden adoptar, las clasifica el Código en tres clases: la regular colectiva, la comanditaria y la anónima. En cuanto a la capacidad para constituir las, se exige que la mujer casada obtenga la licencia marital; pero si el marido está declarado ausente, así como puede ella ejercer el comercio, hay que reconocerle capacidad para constituir sociedad, tanto mercantil como civil, sin necesidad de ninguna autorización, y mucho más si, como consecuencia de la ausencia, solicita y obtiene el divorcio. La sociedad comanditaria tiene dos formas o variedades, según el modo como se aporte el capital, denominadas comanditaria simple y comanditaria por acciones. No explicamos los caracteres y requisitos de cada una de ellas por no ser objeto del plan de

la presente obra, y sólo estudiaremos la influencia que en las mismas tiene la ausencia de alguno de los socios.

Dispone el art. 218, en su núm. 6.º, que habrá lugar a la *rescisión parcial* del contrato de compañía mercantil colectiva o en comandita, por ausentarse un socio que estuviere obligado a prestar oficios personales en la sociedad si, habiendo sido requerido para regresar y cumplir con sus deberes, no lo verificase o no acreditare una justa causa que temporalmente se lo impida.

Por consiguiente, la ausencia, en las antedichas condiciones, de un socio en la compañía mercantil colectiva o en comandita, produce la rescisión parcial de la misma; no se refiere a la anónima, porque en ésta propiamente no hay socios, sino acciones, y es independiente para la marcha de la sociedad que su tenedor esté o no ausente, pasando las acciones a la administración del representante del ausente. Tal como está redactado el precepto copiado, se refiere a los diferentes estados de ausencia, pues si han sido adoptadas las medidas provisionales del primer período, es porque el desaparecido ni regresa ni acredita la justa causa que se lo impida, y, por consiguiente, desde este momento hay lugar a la rescisión parcial, la cual, como dice el art. 219, produce la ineficacia del contrato con respecto al socio culpable, que se considerará excluido de ella, exigiéndole la parte de pérdida que pueda corresponderle, si la hubiere, y quedando autorizada la sociedad a retener, sin darle participación en las ganancias ni indemnización alguna, los fondos que tuviere en la masa social hasta que estén terminadas y liquidadas todas las operaciones pendientes al tiempo de la rescisión. Pero para que se produzcan estos efectos es requisito indispensable que la rescisión parcial se haga constar en el Registro mercantil, por exigencia de los arts. 320 del Código y 112 del Reglamento, y mientras esto no tenga lugar subsistirá la responsabilidad del socio excluido, así como la de la Compañía, por todos los actos y obligaciones que se practiquen en nombre y por cuenta de ésta con terceras personas.

Volvemos a repetir que la ausencia del socio sólo produce la *rescisión parcial* del contrato de compañía, y de ningún modo su disolución, salvo en el caso de que la sociedad se componga solamente de dos socios, por ser absurdo—como

dice GAY DE MONTELLA—concebir la continuación de la sociedad con un solo socio; si no es colectiva, no opera por sí solo la disolución, y si la liquidación, como ocurriría en este caso.

3.º *Efectos con respecto al estado de quiebra.*

Influye la ausencia en el estado de quiebra produciendo diversos efectos, según el momento en que aquélla se manifieste con relación al quebrado. Así, es causa de que los acreedores puedan solicitar la declaración de quiebra en el caso de fuga u ocultación del comerciante, acompañada del cerramiento de sus escritorios, almacenes o dependencias, sin haber dejado persona que en su representación los dirija y cumpla sus obligaciones, bastando para la procedencia de aquella declaración que el acreedor justifique su título y pruebe aquellos hechos por información que ofrezca al Juzgado. Por consiguiente, no es preciso que el acreedor pruebe que su solicitud se funde en título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio, con los demás requisitos que expresa el art. 876 del Código de Comercio, sino que es bastante que el comerciante se haya ausentado de su domicilio, cerrando sus establecimientos, y sin dejar a nadie encargado de los mismos, para que sea procedente la declaración de quiebra a instancias del acreedor que justifique dichos hechos, con todas las consecuencias que dicha declaración lleva consigo.

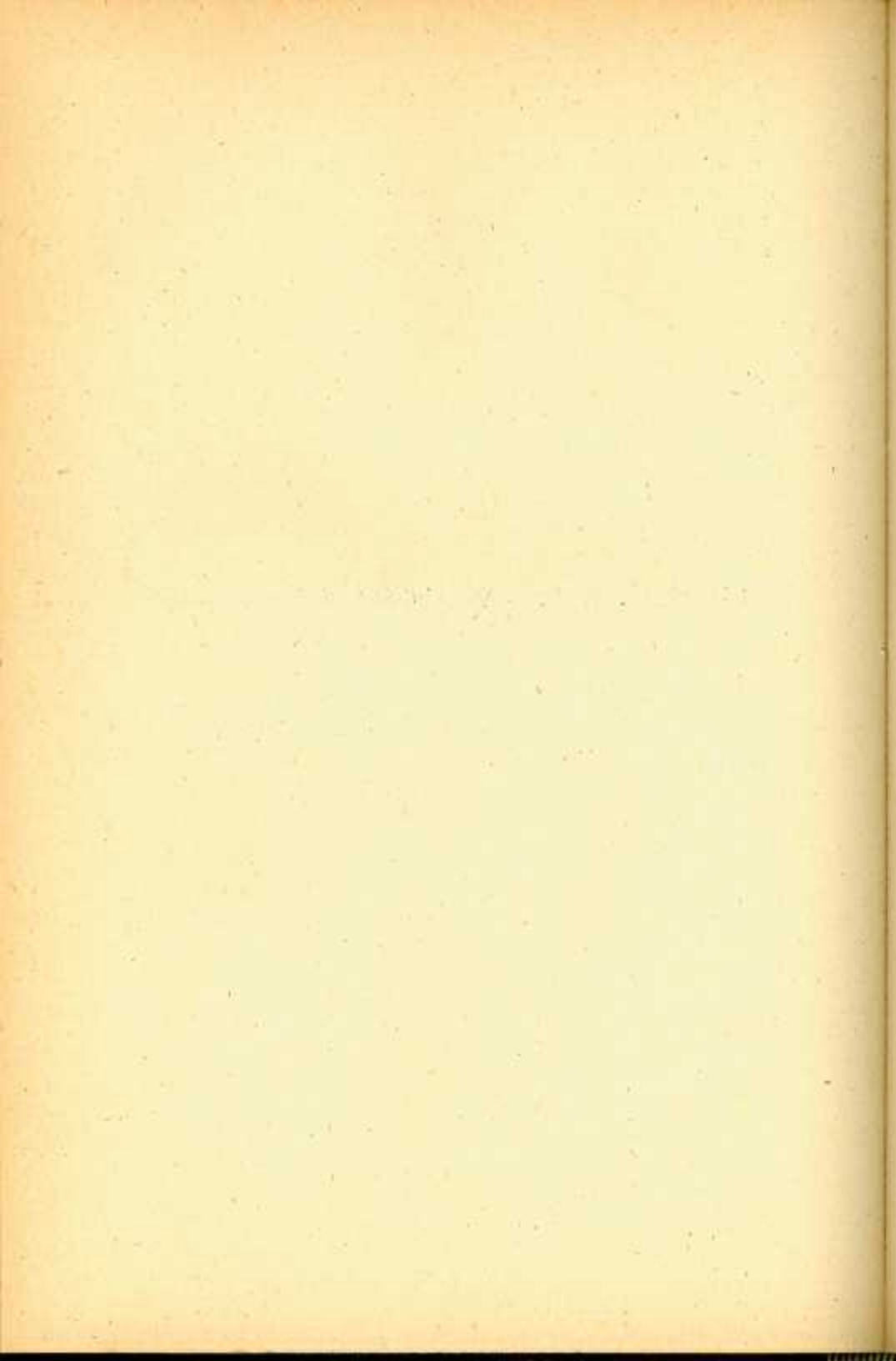
Influye también en la calificación de la quiebra, reputándose culpable la de los comerciantes que, habiéndose ausentado al tiempo de la declaración de dicho estado o durante el progreso del juicio, dejaren de presentarse personalmente en los casos en que la ley impone esta obligación, no mediando legítimo impedimento (art. 880, núm. 3.º). Pero esta calificación es *juris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario, pues así lo establece dicho artículo disponiendo «salvas las excepciones que los quebrados propongan y prueben para demostrar la inculpabilidad de la quiebra», lo que únicamente puede suceder cuando el ausente regrese, pues si éste continúa sin dar noticias de su paradero ni de su persona, dicha presunción se robustece y consolida.

Finalmente, los quebrados ausentes no gozan—dice el artículo 898—del derecho de hacer con sus acreedores ninguna

clase de convenios, no sólo mientras dure su ausencia, lo que es lógico, pues en esta situación no puede convenirse con aquéllos, sino ni aún en el caso de que regrese, como castigo por su ausencia; y, por último, se le imponen también limitaciones para obtener la rehabilitación, en los casos en que proceda.



LA AUSENCIA EN LAS LEGISLACIONES FORALES



CAPITULO XV

La ausencia en las legislaciones forales.—Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya y Mallorca.

La primera dificultad que se ofrece al comenzar el estudio de este capítulo, es la de determinar qué regiones y qué legislaciones deben ser consideradas como forales, pues el Código civil no las determina, si bien el art. 12 los da por supuestos al decir «las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral».

CASAN dice (1) que «la historia de la Codificación nos puede descubrir el pensamiento del legislador, y así, el Real decreto de 2 de Febrero de 1880 agregó a la Comisión de Códigos representantes de Cataluña, Mallorca, Aragón, Navarra, Vizcaya y Galicia, para que redactasen Memorias sobre las instituciones que convenia conservar; con posterioridad a la publicación del Código, el Real decreto de 24 de Abril de 1899 expresó que las Comisiones especiales encargadas de redactar los Proyectos de ley en que se contengan las instituciones forales que conviene conservar, serán las correspondientes a las provincias de Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya, Mallorca y Galicia; y el 15 de Mayo del propio año agregó a la Comisión de Vizcaya una representación de la provincia de Alava. En vista de estos antecedentes, hay que considerar legalmente a Galicia como territorio foral, aunque históricamente no haya base para ello, pues nunca ha tenido Galicia verdadera legislación propia ni autonomía legislativa».

(1) *Derecho civil foral*. Obra ajustada al Cuestionario para oposiciones a la Judicatura.

Por consiguiente, son territorios forales las regiones de Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya y Mallorca, dado que Galicia, como dice CASTAN, no debe tener esta consideración, y su especialidad propiamente se reduce a los foros, por lo que prescindiremos de su estudio, el que, por otra parte, no podríamos hacer con relación a la ausencia, porque, ante la carencia de preceptos sobre ella, rige el Código civil en esta materia en todo el territorio gallego.

Procedamos al estudio de las especialidades que la ausencia presenta en las demás regiones forales, por el orden con que las hemos enumerado.

Cataluña.

Ante todo, hay que hacer constar que, actualmente, no puede aplicarse a Cataluña la denominación de región foral, en el sentido que ésta se toma por la jurisprudencia y por los tratadistas, en virtud a que hoy tiene el carácter de región autónoma. En efecto: como dice CASTAN, el nombre de legislación foral quedó y se aplica para aquellas regiones que *por haber perdido su autonomía legislativa*, no pudieron dar formas nuevas a su derecho, y el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de Junio de 1904, declara que «se entiende por régimen foral, según constante jurisprudencia del Supremo, el establecido en las provincias y territorios españoles que no haya sido derogado o modificado por leyes o disposiciones de carácter general obligatorio». Esto es, que sólo tiene la consideración de legislación foral las leyes que regían en las regiones españolas al tiempo de hacerse la unidad legislativa, y que quedaron intactas, sin ser susceptibles de modificaciones, al privarse a aquéllas de funciones legisladoras; pero la ley de 15 de Septiembre de 1932, aprobatoria del Estatuto catalán, concede a la región catalana la autonomía con amplísimas facultades legislativas, por lo que es impropia la denominación de región foral, en el sentido que ha venido adjudicándosele, en armonía con la tradición histórica, y el más propio y adecuado hoy es el de región autónoma.

Ni en el Derecho especial y propio del antiguo Principa-

do de Cataluña, ni en los Usatges y Constituciones, se encuentra disposición alguna que regule la institución de la ausencia, en los tres períodos o situaciones jurídicas que ésta comprende, sucediendo cosa análoga en el Derecho romano, supletorio del catalán, por lo que puede afirmarse que la ausencia, como circunstancia modificativa de la capacidad civil, no ofrece en la legislación foral de Cataluña nada importante ni trascendental, salvo que, por aplicación del Derecho romano, se concede en las provincias catalanas al ausente por servicio del Estado, el beneficio de la restitución *in integrum*. Fuera de esta especialidad, que no es propia de Cataluña, sino tomada del Derecho romano, rige en aquélla el Código civil en materia de ausencia.

Promulgada la ley de 15 de Septiembre de 1932, aprobatoria del Estatuto de Cataluña, no puede afirmarse con exactitud lo antes expuesto, pues el art. 11 de dicha ley dice que corresponde a la Generalidad la legislación exclusiva en materia civil, salvo lo dispuesto en el art. 15, núm. 1.º, de la Constitución, salvedad que comprende la forma de matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España. Por consiguiente, fuera de estas cuatro materias, todas las demás que integran el contenido actual del Derecho civil quedan, en virtud de esta ley, bajo el imperio exclusivo de la legislación catalana, por lo que la ausencia se regirá y reglamentará en esta región por las normas que acuerde el Parlamento de la Generalidad, y mientras no legisle en esta materia continuará rigiendo el Código civil, según el artículo único de las Disposiciones transitorias de la tan citada ley.

Aragón.

En oposición a lo que sucede en Cataluña, y en general en las legislaciones forales, los Fueros aragoneses reglamentaron con gran extensión la ausencia, y distinguieron dos cla-

ses de ésta: la ausencia por causas particulares, y la ausencia en servicio del Estado.

La primera estaba regulada en el Fuero único *Ut fratres vel propinqui absentis*, lib. II, el que disponía que cuando un aragonés se ausentare del Reino, dejando apoderado que administre sus bienes, deberá respetarse a éste en dicho cargo, pero, transcurridos diez o más años de ausencia sin renovar el poder, podían los hermanos, o parientes que debieran heredarle, solicitar del Juez la entrega de los bienes, y así debía éste hacerlo siempre que los parientes dieran fianza bastante de no desprenderse de ellos, y rindieran cuentas de su administración cuando el ausente se presentare. Por consiguiente, para declararse la ausencia era preciso que hubieren transcurrido diez años desde que desapareció el ausente dejando administrador, dando, por ende, eficacia al poder durante diez años; y si no dejó apoderado, también, por analogía, se exigía el transcurso de los diez años de ausencia.

La administración de los bienes del ausente correspondía a la mujer, según la Observancia 27, *De jure dotium*, y, en defecto de ésta, por aplicación del Fuero antes citado, a los hermanos o parientes que debieran heredarle.

Respecto a la presunción de muerte, la generalidad de los tratadistas opinan que se reputaba vivo al ausente en Aragón hasta la edad de cien años, e incluso la Audiencia de Zaragoza pareció hacer suya esta doctrina en una sentencia de 19 de Enero de 1858, que cita RIPOLLES. CASTAN disiente de este criterio, porque, como los efectos de la declaración de ausencia eran, por Derecho aragonés, casi idénticos a los que produce en el Derecho común la presunción de muerte, opina que dicha declaración implicaba esta presunción.

También regulaba el Fuero único, *De privilegijs absentium causa reipublicae* la ausencia por causa del Estado, en la que incluye POTOLES a las personas que fueren al Ejército, a sus mujeres si les acompañasen, al Médico y al Cirujano castranceses, y a los que desempeñasen comisión del Rey o Universidad, pero no a los que se ausentan por interés particular y exclusivamente propio. Entre los privilegios que dicho Fuero les concedía, merecen citarse los siguientes: no les perjudicaba ni corría contra ellos ninguna clase de prescripción, ni el término para redimir la finca vendida a carta de

gracia, teniendo igual derecho respecto del retracto gentilicio relativamente a la finca de *abolengo* vendida a un extraño; podían ejercitar la acción reivindicatoria, aunque hubiese transcurrido el término legal; no podían ser reconvenidos durante la ausencia y diez días después de su regreso al lugar de su residencia habitual, para pagar deuda alguna, ni para responder de la efectividad de la fianza que hubieren prestado con motivo de cualquiera obligación, excepto las procedentes del contrato de depósito, y siendo extensivo el beneficio de la fianza al fiador del ausente; y, finalmente, por Fuero quedaban ilesos, no pudiendo ser perjudicados por ningún acto o contrato, beneficio mucho más amplio que el de rescisión por lesión que concede a los ausentes, cualquiera que sea la causa de la ausencia, el núm. 2.º del art. 1.271 del Código civil.

Todo lo antes expuesto tiene un interés meramente histórico, pues aprobado por Real decreto de 7 de Diciembre de 1925 el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, este es el que sólo debe tenerse en cuenta para las especialidades que caractericen a las instituciones civiles en territorio aragonés.

Dicho Apéndice acepta en materia de ausencia el sistema del Código civil, estableciendo como particularidades de la misma las consignadas en sus arts. 4.º a 7.º inclusive, que son las siguientes:

«La menor edad de la esposa del ausente—dice el artículo 4.º—no obsta para conferirle, con relevación de fianza, la administración, la cual puede ejercer sin asistencia de tutor cuando sea mayor de catorce años. Se le proveerá de tutor si se incapacita para la administración.» La razón de este precepto es que son mayores de edad en Aragón los menores de veinte años desde el momento en que contraen matrimonio; y como la mujer casada mayor de catorce años tiene la consideración legal de mayor de edad, sería un absurdo que se la proveyese de tutor.

«Hecha la declaración judicial de ausencia, cesarán los apoderados o procuradores que el ausente tuviese nombrados, sin perjuicio de que la persona encargada de la administración pueda renovarles el mandato (art. 5.º). La primera parte de este precepto es igual a lo ordenado en el art. 187 del

Código civil, pues claro es que, efectuada dicha declaración, la administración se confiere a las personas que el mismo expresa, toda vez que nuestro Código sólo da eficacia al poder durante cinco años, y cesará el apoderado que el ausente dejó; pero en Aragón se faculta a la persona que se le haya conferido la administración para renovar el mandato al apoderado, si bien el Apéndice tiene en este punto algunas omisiones importantes, pues en vista de este artículo, cabe preguntar, ¿con qué formalidades y requisitos se ha de hacer la renovación del poder? Esta renovación, ¿se entiende hecha para todo el tiempo que dure la ausencia, o por cinco años—por analogía al plazo que la legislación común da eficacia legal al apoderamiento—, o por plazos más breves? Sería de desear que se aclarasen tan importantes extremos.

«La mujer del ausente, dice el art. 6.º, además de tener libre disposición de los bienes propios de ella, podrá disponer de los bienes comunes de la sociedad conyugal en tanto cuanto sea necesario para las atenciones de la misma.» Este precepto amplía las facultades que a la mujer, administradora de su marido ausente, le confiere el art. 188 del Código civil, dado que este último exige que, para que pueda disponer de los bienes comunes de la sociedad conyugal, o sean, los gananciales de la sociedad conyugal tácita aragonesa, es necesario que obtenga previamente la autorización judicial; y con arreglo al art. 6.º, que estudiamos, tiene la facultad de disposición sin ningún requisito, y con sólo la limitación de que sea necesario para las atenciones de la misma.

«La administración de los bienes de un soltero, de un casado legalmente separado, de un viudo declarado ausente, se conferirá, previa prestación de fianza idónea, a quien deba suceder abintestato; y en caso de pluralidad de tales herederos, la preferencia entre ellos se determinará por el orden que señala el art. 220 del Código. Cuando la administración recaiga en hijos del ausente, casados, mayores de catorce años y capaces, no se les dará tutor ni exigirá fianza.»

Como se ve, las especialidades que el Apéndice aragonés presenta se refieren a relevar de fianza, expresamente, a la mujer e hijos del ausente, que en nuestro Código se hace por analogía; a dispensarles de la asistencia de tutor cuando sean mayores de catorce años y casados; y a aumentar las facul-

tades de la esposa, reduciéndose aquéllas, por lo tanto, a la administración de los bienes del ausente. En todo lo demás, así como en los requisitos que se requieren para la adopción de los tres estados o períodos que la ausencia comprende, rige en su integridad el Código civil; y cuando, a consecuencia de la declaración de ausencia, se decreta la separación de bienes, quedará a salvo el derecho expectante de viudedad a favor del otro cónyuge, en los raíces inmuebles o sitios del cónyuge declarado ausente, por disposición terminante del art. 47 del citado Apéndice, el que ordena también que la cesación de la ausencia restablecerá íntegramente el régimen anterior de la sociedad conyugal tácita, salvo la validez de los actos consumados durante dicha separación, cuyas disposiciones se aplican también a la sociedad conyugal paccionada en cuanto sean compatibles con las capitulaciones y convenios existentes.

Navarra.

La legislación de esta región foral carece de preceptos sobre la ausencia, considerada como causa modificativa de la capacidad civil, por lo que rige en toda su integridad el Código civil. La ley VIII, tít. IV del lib. IV del Fuero general de Navarra, dispone que en las demandas civiles contra ausentes se probará la ausencia por información testifical, siendo citados aquéllos por edictos que se fijarán en los parajes acostumbrados y en la casa del ausente, por término de cuarenta días, y notificándole a sus dos parientes más próximos dentro del cuarto grado para que lo pongan en su conocimiento, si saben su paradero; y si los ausentes no comparecen, se les nombra un Procurador de la *Audiencia Real* que defienda sus bienes, siguiendo con él el pleito, sentenciándose y ejecutando las propiedades de aquéllos si hubiera perdido la demanda.

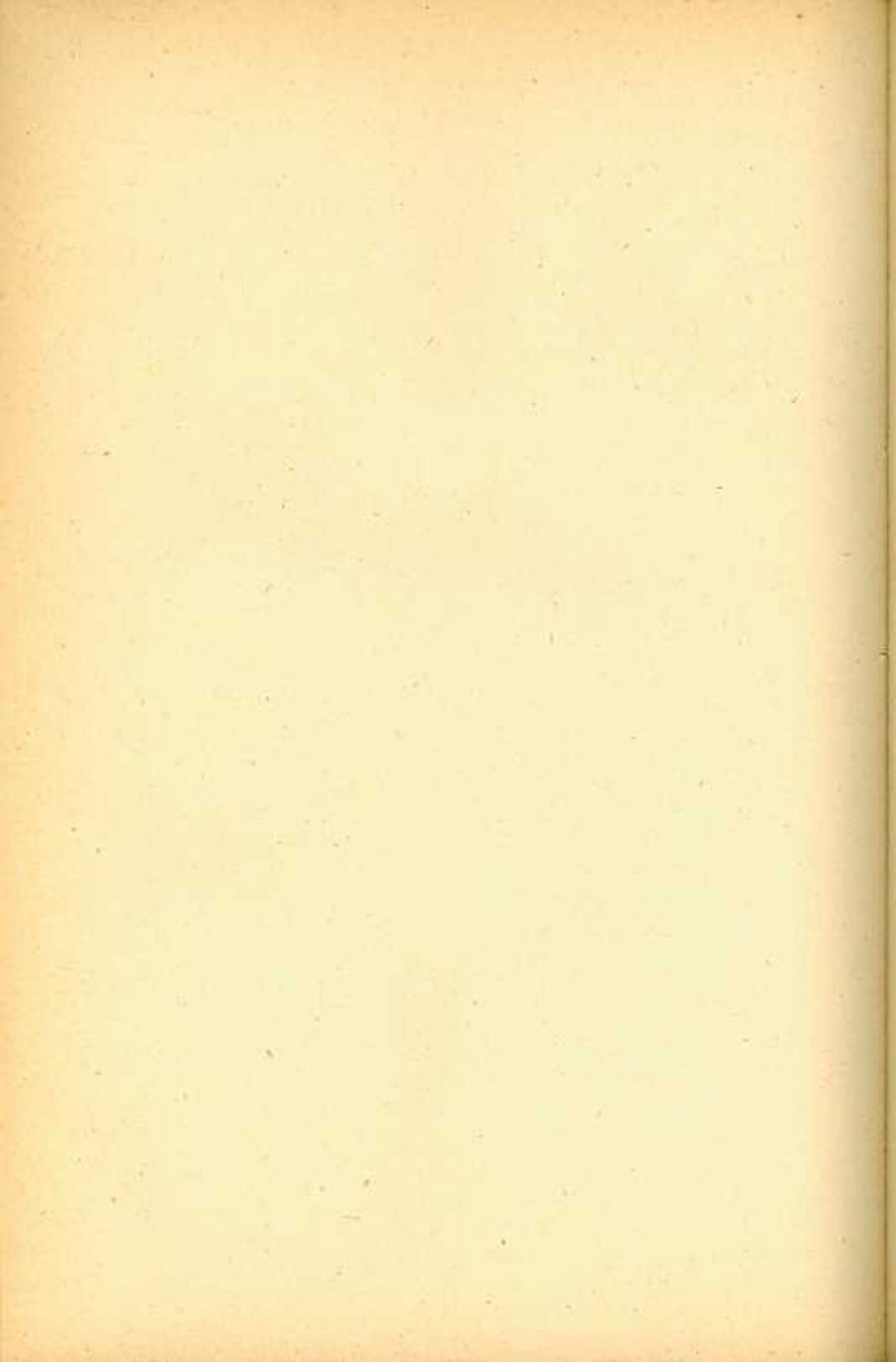
Esta disposición estudia la ausencia en un aspecto singular, y es de carácter procesal más bien que civil, por lo que no la reputamos vigente.

Vizcaya y Mallorca.

Ni la legislación foral de Vizcaya, ni la de las Islas Baleares, contienen preceptos legales relativos a la ausencia, por lo que, tanto en una como en otra región, rige y se aplica en toda su integridad el sistema que regula el Código civil en esta materia.

PARTE TERCERA

PROYECTOS DE REFORMA DE NUESTRO DERECHO SUS-
TANTIVO Y ADJETIVO EN MATERIA DE AUSENCIA



CAPITULO XVI

Reformas que deben introducirse en el Código civil y en la ley de Enjuiciamiento civil en materia de ausencia.

Resumiendo todo lo que llevamos expuesto, y como conclusión de las consideraciones hechas en los precedentes capítulos, afirmamos la necesidad con que, de una manera imperiosa, se presenta la reforma del tít. VIII del lib. I del Código civil, sustituyendo la arcaica reglamentación que hace de la ausencia por otra que esté más en armonía con la moderna corriente legislativa europea, así como la de la ley de Enjuiciamiento civil, por más que ésta hace tiempo que debió haberse realizado, aunque sólo fuera para ponerla en armonía con aquel Cuerpo legal, pues actualmente hay casos en que es preciso *inventarse* un procedimiento adecuado para la tramitación y desenvolvimiento de los derechos y acciones reconocidos en el Código, y en otros se suscitan multitud de cuestiones y dudas, como, por ejemplo, en la tramitación que debe darse a la solicitud de presunción de muerte, según hemos expuesto en el cap. XII.

Estas deficiencias, y los vacíos citados en el curso de la presente obra, se hubieran obviado fácilmente cumpliendo las disposiciones adicionales del Código civil, toda vez que con la reforma decenal del mismo se podrían haber hecho ya desaparecer los artículos, omisiones y deficiencias en él observados, originadores de dudas y puntos de derecho controvertidos.

Con el deseo de aportar nuestro grano de arena al avance progresivo de nuestra legislación civil, proponemos una reforma profunda y trascendental, en materia de ausencia, inspirada en las siguientes bases:

I

Ampliar el concepto de la ausencia, refiriéndola, no sólo al caso de ignorado paradero de una persona, sino también —al igual que hace el Código alemán—, al que, aun en el supuesto de que la residencia sea conocida, esté imposibilitado o incapacitado para volver y cuidar de sus bienes, mediante el nombramiento de un administrador o representante, con funciones análogas a las del curador romano, pues la vida presenta casos en los que no puede decirse que una persona esté ausente, por conocerse su paradero, pero está imposibilitada de regresar y cuidar de sus bienes, e incluso, a veces, no es posible conceder apoderamiento para salvar dicha situación.

El legislador está obligado a prever el mayor número de casos probables que la realidad pueda presentar.

II

Distinguir los ausentes de los desaparecidos, y diferenciar éstos en los tres grupos admitidos por el Derecho moderno: desaparecidos en la guerra, en un siniestro marítimo y en un peligro de vida en general.

III

Sentar el principio de que las medidas provisionales, o administración de los bienes del ausente, deben durar un plazo fijo, y que para adoptarlas hay que distinguir si aquél dejó o no apoderado, en forma solemne, para el cuidado de sus negocios y bienes.

IV

Determinar, con toda precisión, las personas a quienes debe confiarse la administración, el orden de preferencia entre ellas, sus facultades, obligaciones y remuneración, y los casos en que se dejen sin efecto las medidas y disposiciones adoptadas.

V

Admitir la declaración del fallecimiento del ausente transcurridos seis años, contados desde la desaparición o de la fecha de sus últimas noticias, siempre a petición de parte interesada. Podrán pedir dicha declaración los más próximos parientes del ausente, los acreedores de éste, los que tengan sobre los bienes del mismo algún derecho subordinado a la condición de su muerte, y, en último término, el Ministerio fiscal.

Si el ausente hubiese cumplido setenta años de edad, el plazo para declarar su fallecimiento será el de tres años, contados en igual forma.

VI

En los casos de desaparecimiento, la defunción se declarará al año del cese de hostilidades, o de ocurrir el siniestro marítimo, o de haberse realizado el peligro de vida, facultándose para solicitarla a las mismas personas que se consignan en la base anterior.

VII

La ley regulará el procedimiento para hacer la declaración de fallecimiento, los efectos que produzca, que serán la apertura de la sucesión, como si realmente hubiese fallecido, la

disolución de la sociedad conyugal, con prohibición al cónyuge presente de contraer nuevas nupcias hasta el transcurso de quince años, contados desde la fecha de la sentencia declaratoria del fallecimiento, y previos los trámites que se fijarán en la ley adjetiva.

VIII

Se determinarán los casos en que quede sin efecto la declaración de fallecimiento, y la forma de reintegrar al ausente en el dominio de sus bienes.

IX

Finalmente, se regularán con toda precisión los derechos eventuales adquiridos por el ausente, mientras dure su estado de ausencia, estableciéndose, como requisito indispensable para verificarse dicha adquisición, la necesidad de la prueba de la existencia de aquél, en el momento y tiempo que era necesaria para que la indicada adquisición pudiera efectuarse.

Partiendo de las anteriores bases, y como recopilación de todo lo expuesto en el curso del presente trabajo, consignamos, en forma articulada, las reformas que deben introducirse en nuestra legislación en materia de ausencia en el siguiente:

ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE LOS NO PRESENTES, LOS AUSENTES Y LOS DESAPARECIDOS

TITULO PRIMERO

De los no presentes.

Artículo 1.º Cuando una persona esté ausente de su domicilio, pero se conozca con seguridad su existencia, y este imposibilitada o incapacitada para volver y cuidar de sus bienes, se le nombrará, a instancia de parte interesada, un administrador o representante con las facultades necesarias, según las circunstancias de cada caso, al prudente arbitrio de los Tribunales.

Art. 2.º Se considera parte interesada, para los efectos del artículo anterior: 1.º, a los más próximos parientes del no presente; 2.º, los acreedores de créditos vencidos; 3.º, los que tengan participación o interés en sus bienes, justificado documentalmente, y 4.º, el Ministerio fiscal.

Art. 3.º El expediente se incoará por un escrito, fundado en los hechos expuestos en el art. 1.º, justificados documentalmente, si fuere posible; se recibirá información testifical, y, practicadas todas las pruebas que el Juzgado estime necesarias, y oído el Ministerio fiscal, se dictará auto accediendo o denegando lo solicitado, con determinación, en el primer caso, de las facultades, obligaciones y remuneración del administrador o representante, según las circunstancias de cada caso, con amplitud de criterio, y quedando sujetos los nombrados a rendir cuentas de su gestión, en los plazos que el Juez les señale.

Art. 4.º Cuando sea demandada una persona que no resida en el país o se ignore su paradero, se le nombrará un defensor para la cuestión litigiosa planteada, el que recaerá en los parientes más próximos de la misma, o en otra persona que el Juez designe, si aquéllos no existieren, estuvieren incapacitados o fueren indignos de ejercer dicho cargo.

TITULO II

De los ausentes.

CAPITULO PRIMERO

De la ausencia provisional.

Art. 5.º Cuando una persona hubiere desaparecido de su domicilio sin saberse su paradero, y sin dejar apoderado, en forma solemne, que administre sus bienes, o los que por cualquier concepto estén a su cuidado, podrá el Juez, a instancia de parte legítima o del Ministerio fiscal, nombrar quien le represente en todo lo que fuere necesario.

Esto mismo se observará cuando, en iguales circunstancias, caduque el poder conferido por el ausente, desde el momento que tenga lugar esta caducidad, o cuando, sin producirse ésta, hayan transcurrido dos años, contados desde que el apoderado ejerza el cargo, sin tener noticias del poderdante.

Art. 6.º Se considera parte legítima, a estos efectos: 1.º El cónyuge presente, no separado legalmente. 2.º Los hijos mayores de edad, cualquiera que sea su sexo y estado. 3.º Los ascendientes. 4.º Los demás parientes que estén dentro del cuarto grado. 5.º Los que tengan sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado a la condición de su muerte; y 6.º Los copartícipes o condóminos en la propiedad de los bienes.

Art. 7.º Será Juez competente para conocer del ejercicio de estas acciones el del último domicilio que el ausente hu-

hiese tenido en territorio español, y, en su defecto, el en que estén la totalidad o la mayor parte de los bienes que hayan de ser administrados.

Art. 8.º Los que deduzcan esta petición, para la que no será necesario valerse de Abogado ni Procurador, deberán justificar su cualidad de parte legítima, el tiempo de la ausencia, las gestiones practicadas para conocer la existencia y paradero del ausente, sin resultado positivo, la fecha de sus últimas noticias, la carencia de apoderado o el transcurso de los dos años desde que éste ejerce el cargo, y el parentesco de las personas a las que se debe conferir la administración.

Art. 9.º Deducida dicha solicitud, se practicarán las justificaciones previstas en el artículo anterior, se citará por edictos a los ausentes, que se publicarán en el tablón de anuncios del Juzgado, en el lugar donde radiquen los bienes, en el *Boletín Oficial* de la provincia, en la *Gaceta de Madrid* y en los periódicos de mayor circulación que el Juez designe, dando a aquél el plazo de un mes para que se presente, y ordenando a todas las autoridades y a los particulares que faciliten las noticias que tengan o adquirieran de la existencia y paradero del mismo.

Si las últimas noticias del ausente son de que residía en un país extranjero determinado, se hará igual publicación en la Prensa de dicho país, por mediación del Cónsul respectivo.

Art. 10. Recibida información testifical, practicadas todas las justificaciones del art. 8.º, y transcurrido el plazo de los edictos sin comparecer el ausente ni adquirirse noticias del mismo, se pasará el expediente a dictamen del Ministerio fiscal por seis días, y, evacuado éste, se dictará auto declarando provisionalmente la ausencia, y haciendo el nombramiento de representante.

Art. 11. La administración se concederá, y el nombramiento recaerá, a favor de las personas que a continuación se expresan, y por el orden de preferencia que se enumeran: 1.º El cónyuge no separado legalmente. 2.º El padre, y en su caso, la madre. 3.º Los hijos, siendo preferidos los varones a las hembras y el mayor al menor. 4.º Los abuelos, prefiriéndose los de la línea del padre, si son del mismo sexo, y los varones si concurren los paternos y maternos. 5.º Los herma-

mas, cualquiera que sea su sexo y estado, pero prefiriendo los consanguíneos a los uterinos, los varones a las hembras y el mayor al menor, dentro del mismo sexo. 6.º Los restantes parientes colaterales; y 7.º A falta de todos los anteriores, los extraños que el Juez designe.

Este nombramiento no podrá hacerse a favor de las personas comprendidas en el art. 237 del Código civil, excepto las del núm. 7.º del mismo.

Art. 12. Dicho cargo será obligatorio para el designado, salvo que se excuse dentro de los diez días siguientes a la notificación de su designación, siendo causas legítimas de excusa las siguientes: Las comprendidas en los arts. 244 y 245 del Código civil; enemistad manifiesta con el ausente; tener su domicilio o residencia habitual en lugar distinto del de los bienes de aquél, y no poder atender a su administración sin gran molestia o incomodidad.

Presentada la excusa dentro del término expresado, con las justificaciones pertinentes, y oído el Ministerio fiscal, se dictará la resolución que proceda, con imposición de costas, si la excusa fuese desestimada.

Art. 13. El auto expresado en el art. 10, será apelable en un solo efecto, y el administrador nombrado deberá prestar la fianza que el Juez le señale, y en la cuantía que fije, atendidas las circunstancias de cada caso. La fianza podrá ser de cualquiera de las clases reconocidas en derecho, menos la personal.

Estarán exentos de la obligación de afianzar, el cónyuge, los padres, hijos y abuelos.

Art. 14. La fianza se prestará en el plazo de diez días, y si no se prestase, se dejará sin efecto el nombramiento, y se hará otro a favor de la persona que le corresponda, pero con expresa condena de costas e indemnización de los daños y perjuicios causados, si los hubiere.

Art. 15. Prestada la fianza, se pondrá al administrador nombrado en posesión de los bienes, previa formación de inventario, con intervención del Ministerio fiscal, y con las facultades y obligaciones que el Juez le haya fijado, a su prudente arbitrio, al hacer el nombramiento, así como su remuneración; pero transcurridos cuatro años en el ejercicio del

cargo, hará suyos el administrador todos los frutos que produzcan los bienes.

Art. 16. El administrador deberá rendir cuentas semestrales de su gestión, hasta el transcurso de los cuatro años fijados en el artículo anterior, las que se conservarán en el Juzgado para entregarlas al ausente, si se presentare, o a sus herederos, a fin de facilitarles su impugnación, que podrán hacer en el plazo de un mes, a contar desde que se efectuó dicha entrega.

Estarán exentos de la obligación de rendir cuentas el cónyuge, los padres, hijos y abuelos.

Art. 17. De la declaración de ausencia provisional y del nombramiento de administrador se tomará anotación en el Registro civil donde esté inscrito el nacimiento, y, en su caso, el matrimonio del ausente, y en el de la Propiedad, si existen bienes inmuebles.

Art. 18. Los hijos nacidos después de efectuado lo previsto en el artículo anterior, estarán fuera de la presunción de legitimidad del art. 108 del Código civil, y no podrán ser inscritos como hijos del declarado ausente si el nacimiento tuvo lugar después de los ciento ochenta días de estar el cónyuge constituido en ausencia.

Art. 19. La mujer del ausente, si fuere mayor de edad, podrá disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan; pero no podrá enajenar, permutar ni hipotecar los bienes propios del marido, ni los de la sociedad conyugal, sino con autorización judicial.

Art. 20. Si fuere menor la mujer, ejercerá la administración con las mismas facultades, pero con consentimiento de su padre o madre, y, si careciere de ellos, con el del tutor que se le nombre, el que estará obligado a prestar fianza y rendir cuentas.

Art. 21. Cuando la administración corresponda a los hijos del ausente y éstos sean menores, se les proveerá de tutor, el cual se hará cargo de los bienes con las formalidades establecidas en el Código civil.

Art. 22. La ausencia provisional, y consiguiente administración de los bienes, cesa en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Cuando comparezca el ausente por sí o por medio de apoderado. 2.º Cuando se tenga noticia cierta de su

paradero y existencia. 3.º Cuando se acredite la defunción del ausente, con documentos auténticos y legítimos; y 4.º Cuando transcurran seis años, contados desde la fecha de la desaparición, que resulte acreditada en los autos.

CAPÍTULO II

De la declaración de muerte.

Art. 23. Transcurridos seis años desde que desapareció el ausente o emitió sus últimas noticias, el Juez, a instancia de parte interesada, declarará la muerte del mismo, siempre que hubiere cumplido la edad de treinta y un años.

Dicho plazo se reducirá a tres años, si el ausente hubiere cumplido los setenta de edad.

Art. 24. Será Juez competente para hacer dicha declaración, el fijado en el art. 7.º de esta ley.

Tendrán la consideración de parte interesada: los parientes del ausente, sus acreedores y, en general, los que tengan un interés que, de cualquier modo, aparezca subordinado al hecho presuntivo de la muerte del ausente, y el Ministerio fiscal.

Art. 25. La demanda se tramitará por las reglas del juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, en el que será parte el Ministerio fiscal, y al admitir aquella se ordenará la publicación de los edictos prescritos en el art. 9.º de la presente ley, con los mismos requisitos e igual plazo, y haciendo mención de la demanda presentada.

Art. 26. Una vez firme la sentencia declaratoria del fallecimiento, se inscribirá la misma en el Registro civil en que conste inscrito el nacimiento y, en su caso, el matrimonio del declarado fallecido, y en el de la Propiedad, si existen bienes inmuebles.

En dicha sentencia se fijará como fecha del fallecimiento el último día de los seis o tres años establecidos en el artículo 23.

Art. 27. Hecha la declaración de muerte, se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose a su adju-

dicación por los trámites de los juicios de testamentaría o abintestato, según proceda. Pero, una vez formalizados los inventarios y depositados los bienes, pueden los herederos pedir que cese la intervención judicial, y adoptar los acuerdos que estimen convenientes, a lo que accederá el Juez, previa la ratificación de aquéllos.

Art. 28. La declaración de muerte llevará implícita la disolución de la sociedad conyugal, pero no se autorizará, por este solo motivo, al cónyuge presente para contraer nuevas nupcias, salvo que éste ejercite la pertinente acción de abandono, por los trámites establecidos en la ley de 2 de Marzo de 1932.

Art. 29. Si el ausente se presenta, o, sin presentarse, se prueba su existencia, se dejará sin efecto la sentencia declaratoria del fallecimiento, cancelándose las inscripciones practicadas en los Registros civil y de la Propiedad, y recobrará todos sus bienes en el estado que tengan, así como el precio de los enajenados o los adquiridos con él, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

TITULO III

De los desaparecidos.

Art. 30. Cuando una persona ha desaparecido en una acción de guerra, en un siniestro marítimo, o en un peligro de vida en general, el Juez, a instancia de parte interesada, declarará la defunción de la misma, siempre que haya transcurrido un año sin tenerse noticias del desaparecido.

El plazo de un año, fijado en el párrafo anterior, se contará: Respecto de las personas desaparecidas en acción de guerra, desde la fecha de la celebración de la paz, o desde que, de hecho, cesaron las hostilidades; si se trata de desaparecidos en el mar, desde la fecha de la pérdida del buque o embarcación, respecto de las personas que iban a bordo de éste, perecido en el curso del viaje; y en el caso de peligro de

vida, se computará el año a partir de la fecha del acontecimiento que determinó dicho peligro.

Art. 31. Pueden pedir dicha declaración las personas mencionadas en el párrafo segundo del art. 23; se tramitará por las reglas de los actos de jurisdicción voluntaria, debiéndose presentar certificación acreditativa de que la persona, cuya defunción se insta, está incluida en la relación de desaparecidos remitida por los Jefes de los distintos Cuerpos o Unidades del Ejército o Armada.

Si el desaparecimiento ocurrió en un peligro de vida, se justificará documentalmente, siempre que fuere posible, el terremoto, catástrofe, incendio, inundación, etc., que lo produjese, la presencia del desaparecido en dicha catástrofe, y la fecha exacta de ésta.

Art. 32. Recibida información testifical, que se practicará con tres testigos, por lo menos, conocidos del Secretario, o valiéndose, en su caso, de testigos de conocimiento, y oído el Ministerio fiscal, se dictará por medio de auto la declaración correspondiente, fijándose como día del fallecimiento del desaparecido el último del transcurso del año, computado según el art. 30.

Art. 33. Los efectos que produce esta declaración, son los mismos que se establecen en los arts. 26 a 28 inclusives, de esta ley.

TITULO IV

Derechos eventuales de los ausentes en general.

Art. 34. El que reclame un derecho perteneciente a una persona cuya existencia no estuviere reconocida, deberá probar que existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

Art. 35. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, a no haber

persona con derecho propio para reclamarla, o pasará, en su defecto, a los que deban suceder por su falta.

Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer inventario de dichos bienes con intervención del Ministerio fiscal.

Art. 36. Lo dispuesto en el artículo anterior, se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes, causahabientes o acreedores. Estos derechos no se extinguirán sino por el lapso de tiempo fijado para la prescripción; y en la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles que acrezcan a los coherederos, se expresará la circunstancia de quedar sujetos a lo que dispone este artículo.

Art. 37. Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe, mientras no comparezca el ausente, o sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes o causahabientes.

DISPOSICION FINAL

Quedan derogados el tít. VIII del Lib. I del Código civil, el tít. XII del lib. III de la ley de Enjuiciamiento civil, y las demás disposiciones que se opongan a lo preceptuado en la presente ley.

* * *

Si por alguien se considera a la reforma expuesta de demasiado trascendental, puede hacerse otra más sencilla, tanto de la ley sustantiva como de la adjetiva, que es más fácil y rápida, y que acabaría con las lagunas, dudas y antinomias que hoy existen, la que no me resisto a consignar, y para ello seguiré el mismo orden de los preceptos vigentes, empezando por los del Código civil.

Art. 181. Cuando una persona hubiere desaparecido de su domicilio sin saberse su paradero y sin dejar apoderado *en forma solemne*, que administre sus bienes, o los que por cualquier concepto estén a su cuidado, podrá el Juez, a instancia

de parte legítima o del Ministerio fiscal, nombrar quien lo represente en todo lo que fuere necesario.

Esto mismo se observará cuando, en iguales circunstancias, caduque el poder conferido por el ausente.

Se considera parte legítima, a estos efectos, a las personas mencionadas en el art. 183, y a todas las que tengan un derecho dependiente de la personalidad del ausente o del hecho de su muerte.

Art. 182. Puede conservarse su redacción actual.

Art. 183. El cónyuge que se ausente será representado por el que se halle presente, cuando no estuvieren legalmente separados.

Si éste fuere menor, y *vareciere de padre y madre*, se le proveerá de tutor en la forma ordinaria.

A falta de cónyuge, representarán al ausente los padres, hijos y abuelos, por el orden que establece el art. 220, y *si no existieren se hará el nombramiento a favor de los demás parientes, conforme al grado de parentesco, y, en último término, a un extraño.*

Art. 184. Pasado *un año* sin haberse tenido noticia del ausente, o desde que se recibieron las últimas, y *tres*, en el caso de que el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de sus bienes, *en documento público*, podrá declararse la ausencia.

En el caso de caducidad del poder, el plazo de un año se contará desde la fecha de esta caducidad, y la concurrencia de los demás requisitos establecidos en el párrafo anterior.

Art. 185. La misma redacción que actualmente tiene, pero suprimiendo el núm. 2.º

Art. 186. Debe suprimirse.

Art. 187. La administración de los bienes del ausente se conferirá, por el orden que establece el art. 220, a las personas mencionadas en el mismo, y *si no existieren o estuvieren incapacitadas o imposibilitadas se nombrará administrador a los más próximos parientes, y, en defecto de éstos, a un extraño.*

Dicho cargo será obligatorio, salvo excusa legal, siendo éstas, así como sus facultades, obligaciones y remuneración, análogas a las de los tutores.

Art. 188. Igual a la redacción que hoy tiene, pero adi-

cionándole el siguiente párrafo: «Esto se aplicará con preferencia al art. 1.444.»

Art. 189. Puede conservarse su redacción actual.

Art. 190. Igual que está hoy redactado, excepto el número 3.º, que, para mayor claridad, debe redactarse así: «3.º Cuando se presente un tercero acreditando con el correspondiente documento, *auténtico y legítimo*, haber adquirido por compra u otro título, los bienes del ausente.»

Art. 191. Pasados *diez años* desde que desapareció el ausente o se recibieron las últimas noticias de él, o *setenta* desde su nacimiento, *cualquiera que sea el tiempo que lleve ausente, pero siempre que esté declarado tal*, el Juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Art. 192. La sentencia en que se declare la presunción de muerte de un ausente *surtirá efectos desde la fecha de su firmeza*, pero no se ejecutará hasta después de seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales.

Las restantes, hasta el 198 inclusive, pueden conservarse en la forma que actualmente están redactados.

Las modificaciones expuestas, integradas por las palabras o frases subrayadas, son consecuencia del criterio sustentado en el curso de la presente obra, por lo que no exponemos su razonamiento, para no repetir lo que en los capítulos correspondientes dejamos consignado.

* * *

Más urgente aún que la reforma del Código es la de la ley Procesal, dado que el tít. XII del lib. III de ésta no concuerda, ni aun en sus principios fundamentales, con aquél. Para obviar esta dificultad, y armonizar ambos Cuerpos legales, podría reformarse el citado título en los siguientes o parecidos términos:

Art. 2.031. Cuando una persona hubiere desaparecido de su domicilio, sin saberse su paradero, y sin dejar apoderado que administre sus bienes en documento público, o, cuando en iguales circunstancias, caduque el poder, podrá el Juez, a instancia de parte legítima o del Ministerio fiscal, adoptar las medidas necesarias para la seguridad y conservación de

los bienes y representación del desaparecido en todo lo que fuere necesario.

Tendrán la consideración de parte legítima para hacer dicha petición, las personas mencionadas en el art. 181 del Código civil.

Art. 2.032. El que deduzca la pretensión expresada en el artículo anterior, deberá presentar los documentos que justifiquen su cualidad de parte legítima, y ofrecerá información testifical sobre los extremos siguientes: 1.º Sobre la ausencia e ignorado paradero de la persona de que se trate; fecha o época en que se hubiere ausentado, y desde cuándo no se tiene noticia de su existencia. 2.º Que no existe persona autorizada por el ausente para el cuidado y administración de sus bienes.

Deberá también justificar documentalmente el parentesco de las personas mencionadas en el art. 183 del Código, a las que se debe conferir la administración.

Art. 2.033. Puede conservarse en su redacción actual.

Art. 2.034. Si de la información resultasen justificados los extremos expresados en el art. 2.032, se pasará el expediente por seis días a dictamen del Ministerio fiscal, y evacuado éste, se dictará auto haciendo, en su caso, el nombramiento de representante, determinando sus facultades, obligaciones y remuneración, por lo que el Código civil dispone respecto de los tutores.

Si el ausente es casado, y el cónyuge presente es menor de edad, en el mismo auto se acordará, cuando éste carezca de padre y madre, que se le provea de tutor en la forma ordinaria; y se formará inventario de los bienes que se entreguen al representante, con intervención del Ministerio fiscal, los que se tasarán por tres peritos, uno nombrado por dicho Ministerio, y los otros dos por el Juzgado.

Art. 2.035. Cuando por más de un año se ignore el paradero de una persona que se hubiere ausentado de su domicilio, sin dejar apoderado que administre sus bienes, o transcurridos tres años si dejó dicho apoderado, o un año contado desde la caducidad de este poder, y no pueda justificarse su defunción, pueden las personas mencionadas en el art. 185 del Código civil, solicitar la declaración de ausencia, y que se

entregue, bajo fianza, la administración de los bienes del ausente.

Art. 2.036. Con el escrito mencionado en el artículo anterior, se presentarán los documentos que justifiquen la cualidad en el peticionario de parte legítima, se ofrecerá información testifical sobre los extremos primero y segundo del art. 2.032, y se acompañará una relación, justificada documentalmente, si fuere posible, de los bienes del ausente, con expresión de la renta que produzcan, ampliándose a estos extremos la citada información.

Art. 2.037. La información testifical se practicará en la forma ordenada en el art. 2.033, y verificada, se pasará el expediente a informe del Delegado del Ministerio fiscal por seis días, para que emita dictamen sobre la procedencia o improcedencia de la declaración solicitada, y de la persona a quien corresponda, según resulte del expediente, la representación y administración de los bienes del ausente.

Art. 2.038. Para que pueda emitirse el dictamen ordenado en el artículo anterior, presentará el peticionario, con su solicitud, el árbol genealógico del ausente, a fin de justificar la existencia y parentesco de las personas mencionadas en el art. 187 del Código civil, probándolo y acreditándolo con los correspondientes documentos.

Art. 2.039. Eвакуado el dictamen fiscal, dictará el Juez auto haciendo o no la declaración de ausencia solicitada, según proceda, y el nombramiento de administrador a favor de quien corresponda, que será obligatorio para el legalmente designado, salvo que esté comprendido y se excuse voluntariamente, en alguno de los casos mencionados en los artículos 244 y 245 del Código civil, y, además, los siguientes: Enemistad manifiesta con el ausente; tener su domicilio o residencia habitual en lugar distinto del de los bienes de aquél, y no poder atender a su administración sin gran molestia o incomodidad.

Este nombramiento no podrá hacerse a favor de las personas comprendidas en alguno de los números del art. 237 del Código civil.

Art. 2.040. El auto expresado en el artículo anterior será apelable en un solo efecto, y el administrador nombrado deberá prestar fianza, a satisfacción del Juez, en cantidad sufi-

ciente a responder de lo que produzcan los bienes en cinco años, por lo menos.

Esta fianza podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el derecho, menos la personal.

Estarán exentos de la obligación de prestar fianza el cónyuge presente, los padres, hijos y abuelos.

Art. 2.041. El administrador nombrado debe prestar la fianza acordada por el Juez en el plazo de quince días, contados desde la notificación de su nombramiento, que se hará por exhorto o carta-orden, que se cursarán de oficio cuando recaiga el nombramiento en persona distinta de la que solicitare la declaración de ausencia y tenga su domicilio fuera de la residencia del Juzgado, y si no la prestase en el indicado plazo, se dejará sin efecto dicho nombramiento y se hará a favor de la persona que le siga en el orden designado por la ley, pero se le impondrán todas las costas causadas, salvo que se excuse dentro del indicado plazo.

Art. 2.042. Presentada la excusa dentro del término fijado en el artículo anterior, con los documentos que la justifiquen, se pasará a dictamen fiscal, y sin más trámites se dictará la resolución procedente, haciendo nuevo nombramiento, si la aceptare el Juez, a favor de quien corresponda.

Art. 2.043. Prestada la fianza por el administrador, acordará el Juez se le dé el correspondiente título o testimonio de su nombramiento, y que se le entreguen los bienes bajo inventario, el que se formará del modo establecido en el párrafo segundo del art. 2.034.

Al mismo tiempo acordará que se tome anotación en el Registro de la Propiedad de la declaración de ausencia del dueño de los inmuebles, y del nombramiento de administrador, expidiéndose para ello los mandamientos oportunos.

Art. 2.044. El administrador tendrá derecho a la retribución que el Juez le señale, que no bajará de 4 ni excederá del 10 por 100 de la renta de los bienes, y estará obligado a llevar cuenta justificada de los productos y gastos, para rendirla al ausente, cuando se presente, o a sus herederos o causahabientes.

Art. 2.045. Se sobreseerá en estos procedimientos, cualquiera que sea el estado en que se hallen, y aunque estuvieren terminados y el administrador ejerciendo su cargo, cuando

se dé alguno de los supuestos del art. 190 del Código civil, y, además, cuando se adquiriera noticia cierta de la existencia y paradero del ausente.

En estos casos, si estuviere nombrado el administrador, cesará en su cargo, poniendo los bienes y las rentas y frutos producidos, con deducción de lo que le fué asignado como remuneración suya, a disposición de los que a ellos tengan derecho.

Art. 2.046. Si por parte legítima se hiciera oposición a los procedimientos establecidos en este título, fundada en no haber lugar a ellos, ni a la declaración de ausencia, se sustanciará por los trámites que para los incidentes se determinan en el tit. III del lib. II.

Mientras se sustancia la oposición, podrá el Juez adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y administración de los bienes, si estuviesen abandonados.

Si la oposición se hace al nombramiento de administrador, fundada en incapacidad del que la solicite o en tener mejor derecho, no se suspenderá el expediente ni se hará contencioso, resolviéndose lo pertinente, sin perjuicio del derecho de los demás interesados, que podrán usar en el juicio declarativo correspondiente a la cuantía de los bienes administrados.

Art. 2.047. Para declarar la presunción de muerte de un ausente, será Juez competente el del último domicilio que aquél hubiese tenido en territorio español.

Pueden solicitar dicha declaración todas las personas que tengan un interés que, de cualquier modo, aparezca subordinado al hecho presuntivo de la muerte del ausente, y el Ministerio fiscal.

La demanda se tramitará por las reglas del juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, y en él será parte el Ministerio fiscal.

Art. 2.047 bis. Declarada la presunción de muerte de un ausente, e incoado el juicio de testamentaria o abintestato correspondiente, pueden los herederos, una vez formalizados los inventarios y depositados los bienes, pedir que cese la intervención judicial y adoptar los acuerdos que estimen convenientes, a lo que accederá el Juez, previa la ratificación de aquéllos.

CONCLUSION

Ya habrá apreciado el lector que la reforma del Derecho adjetivo expuesta en el precedente capítulo, en su segunda parte, no se acomoda a la redacción actual del Código, pues esto ya lo hemos consignado en los capítulos correspondientes, al final de cada período de la ausencia; sólo hemos intentado ponerla en armonía con la modificación propuesta de aquel Cuerpo legal, la que, por su sencillez, es factible de realizarse en breve plazo, y con ella conseguiríamos intentar colocarnos a la altura de las progresivas legislaciones Europeas y Americanas.

Pero puestos a reformar, opinamos que el sentido de la modificación de nuestro sistema vigente en materia de ausencia, debe inspirarse en las bases consignadas en la primera parte del capítulo anterior, con lo que se conseguiría la simplificación y la claridad en esta materia, y la armonía entre la legislación y la realidad, cosa que hoy no existe.

Queda expuesto nuestro criterio en materia tan importante y de tanta trascendencia como es la ausencia. ¿Qué acogida tendrá? El esfuerzo que para nosotros representa este trabajo, ¿será hijo del Quijote que todos los españoles llevamos dentro de nuestro ser?

Julio de 1935.

INDICE

Págs.

PARTE PRIMERA

DOGMATICA DE LA AUSENCIA Y LEGISLACION COMPARADA

| | |
|--|----|
| Capítulo primero.—La ausencia.—Su concepto e importancia.— Su naturaleza jurídica | 3 |
| Capítulo II.—Origen histórico de la ausencia y juicio crítico del sistema seguido por el Código civil | 14 |
| Capítulo III.—Reglamentación de la ausencia en la legislación comparada (Europa) | 23 |
| Francia | 24 |
| Italia | 27 |
| Alemania | 29 |
| Suiza | 31 |
| Portugal | 33 |
| Rusia | 38 |
| Austria | 40 |
| Inglaterra | 42 |
| Bélgica | 43 |
| Holanda | 46 |
| China | 49 |
| Capítulo IV.—Reglamentación de la ausencia en la legislación comparada (América) | 51 |
| República de Panamá | 51 |
| República Argentina | 53 |
| Chile | 56 |
| Estados Unidos del Brasil | 59 |
| Venezuela | 63 |
| Méjico | 65 |

PARTE SEGUNDA

LA AUSENCIA EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA CON
RELACION A LOS BIENES, A LAS PERSONAS Y A LA
SOCIEDAD MATRIMONIAL

PRIMER ESTADO

Medidas provisionales en caso de ausencia.

| | |
|--|----|
| Capítulo V.—Examen de los preceptos del Código sobre medidas provisionales, y efectos que producen con relación a las personas | 77 |
| Capítulo VI.—Derecho adjetivo, o procedimiento para la adopción de las medidas preventivas | 90 |

SEGUNDO ESTADO

Declaración de ausencia.

| | |
|--|-----|
| Capítulo VII.—Examen de los requisitos exigidos por el Código civil para poderse declarar la ausencia | 95 |
| Capítulo VIII.—Efectos de la declaración de ausencia.—Efectos relativos a la administración de los bienes del ausente, a la autoridad marital y patria potestad ejercidos por el ausente y a la sociedad matrimonial | 107 |
| A. Efectos relativos a la administración de los bienes del ausente | 107 |
| B. Efectos con relación a la autoridad marital y patria potestad ejercidos por el ausente | 117 |
| C. Efectos con relación a la sociedad matrimonial | 124 |
| Capítulo IX.—Procedimiento o reglas procesales para declarar la ausencia | 139 |

TERCER ESTADO

Presunción de muerte.

| | |
|--|-----|
| Capítulo X. Fundamento de la presunción de muerte. Requisitos para que pueda declararse.—Quiénes tienen la consideración de parte interesada.—Examen del art. 192 del Código civil | 147 |
| Capítulo XI.—Efectos que produce la declaración de presunción de muerte y desde cuándo se produce | 161 |
| Capítulo XII.—Derecho adjetivo o procedimiento para declarar la presunción de muerte | 174 |

DISPOSICIONES COMUNES A LOS TRES ESTADOS DE AUSENCIA

| | |
|--|-----|
| Capítulo XIII.—Efectos de la ausencia, relativamente a los derechos eventuales del ausente | 181 |
|--|-----|

LA AUSENCIA EN DERECHO MERCANTIL

| | |
|---|-----|
| Capítulo XIV.—La ausencia en Derecho mercantil.—Efectos que produce con relación a la capacidad de la mujer para el ejercicio del comercio, con relación a las Sociedades mercantiles y con respecto al estado de quiebra | 197 |
|---|-----|

LA AUSENCIA EN LAS LEGISLACIONES FORALES

| | |
|--|-----|
| Capítulo XV.—La ausencia en las legislaciones forales.—Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya y Mallorca | 207 |
| Cataluña | 208 |
| Aragón | 209 |
| Navarra | 213 |
| Vizcaya y Mallorca | 214 |

PARTE TERCERA

PROYECTOS DE REFORMA DE NUESTRO DERECHO
SUSTANTIVO Y ADJETIVO EN MATERIA DE AUSENCIA

| | |
|---|-----|
| Capítulo XVI.—Reformas que deben introducirse en el Código civil y en la ley de Enjuiciamiento civil en materia de ausencia | 217 |
|---|-----|

ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE LOS NO PRESENTES,
LOS AUSENTES Y LOS DESAPARECIDOS

| | |
|---|-----|
| Título primero.—De los no presentes | 221 |
| Título II.—De los ausentes | 222 |
| Capítulo primero.—De la ausencia provisional | 222 |
| Capítulo II.—De la declaración de muerte | 226 |
| Título III.—De los desaparecidos | 227 |
| Título IV.—Derechos eventuales de los ausentes en general | 228 |
| <i>Disposición final</i> | 229 |
| <i>Conclusión</i> | 236 |