

DR 07 63

Carrera Derecho, Asignatura Derecho Civil I, título del tema 20, autor Jesús María Álvarez Carballo, fecha de emisión 20 de febrero de 1984, fecha de grabación 2 de febrero de 1984. La ausencia. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la voz ausencia en su primera acepción como la acción y efecto de ausentarse o estar ausente, y en su cuarta acepción, aplicada al ámbito del foro, como condición legal de la persona cuyo paradero se ignora.

De esta base puede, pues, partirse para ver el sentido en que la palabra ausencia es usada en el ámbito jurídico que confirma la apreciación del diccionario, y así nos encontramos con los dos sentidos siguientes. a. En la acepción de no estar presente una persona en un lugar determinado es usada por el Código Civil Español en los artículos 1176, 1262, 1694 y 1958. b. Cuando una persona está en ignorado paradero o ha desaparecido sin haberse recibido noticias de ella, así en los artículos 181, 183 y 193.

c. En el primero de los sentidos mencionados consiste en un hecho que puede incidir en las más variadas relaciones jurídicas de muy diversa forma, y en el segundo aspecto afecta la condición personal del sujeto y de su patrimonio, y por eso a mí me gusta mencionar esas dos acepciones con trascendencia en el ámbito jurídico, aludiendo a la situación de ausencia como un hecho simple que produce determinadas consecuencias jurídicas, y a la situación de ausencia legalmente declarada que constituye una auténtica situación jurídica prevista por el ordenamiento jurídico que se une en el elemento común del dato físico de la ausencia, y cuya última manifestación es la existencia de esa peculiar institución cuyo origen se remonta al derecho romano que llamamos declaración de fallecimiento. La defensa del desaparecido. La defensa del desaparecido es una institución peculiar, provisional, de rasgos no muy definidos y en la que se manifiesta con una gran intensidad la amplitud del arbitrio judicial en torno a las medidas a adoptar y que se encuentra pobremente configurada en el artículo 181 del Código Civil, a la vez que respecto a la misma se dictan normas no siempre absolutamente coincidentes en la ley de enjuiciamiento civil.

Es usual el repetir la construcción que de esta figura hizo el maestro Federico de Castro que la configura como las medidas de amparo y custodia de los bienes del desaparecido ordenadas y especificadas por el juez y cuya ejecución material compete al defensor designado. Requisitos. Para mí existen tres tipos de requisitos.

Uno de puro carácter negativo, consistente en que el desaparecido del domicilio del lugar de su última residencia no haya dejado ni representante legal ni representante voluntario. Otros, designados habitualmente como requisitos materiales, aunque yo creo era más expresiva la denominación de requisitos de hecho, tal como son la desaparición de una persona del lugar de su domicilio o del lugar de su residencia sin haberse tenido de ella más noticias, juntamente con la necesidad de proveer a los negocios que no admitan demora mediante la toma de providencias que sean convenientes para la conservación del patrimonio del desaparecido. Finalmente, otros requisitos que se suelen denominar formales y en realidad son más bien

puramente procedimentales.

Instancia de parte interesada del Ministerio Fiscal, información judicial sumaria para acreditar la necesidad de la defensa y finalmente un auto de la autoridad judicial designando el defensor del desaparecido y determinando el contenido de su actuación. Designación del defensor. Es importante señalar la disparidad existente entre las normas contenidas en el Código Civil, únicamente el artículo 181 y las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil que por algún autor ha querido superarse en base a no muy afortunados juegos de palabras.

El Código Civil, en su mencionado artículo 181, establece como orden preferente de designación del defensor del desaparecido. Primero, al cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente. Segundo, al pariente más próximo hasta el cuarto grado también mayor de edad.

Tercero, en defecto de parientes, no presencia de los mismos o urgencia notoria, el juez nombrará personas solventes y de buenos antecedentes previa audiencia del Ministerio Fiscal. Por su parte, en el artículo 2033 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se omite la exigencia de la mayoría de edad para nombrar defensor al cónyuge del desaparecido y a su vez se menciona en segundo lugar a los hijos con preferencia de los varones sobre las hembras para terminar mencionando al ascendiente más próximo de menos edad con la misma preferencia anterior. Para el caso de que el desaparecido no tenga cónyuge, ni hijos, ni ascendientes, la Ley de Enjuiciamiento Civil da entrada al mayor de los hermanos y en su defecto a un pariente o amigo.

Organización de la defensa. Se centra en dos ideas básicas que están constituidas por la limitación a lo estrictamente necesario para una administración y gestión puramente conservativa y por una intervención y dirección judicial por virtud de la cual los jueces podrán tomar de oficio cuantas medidas de protección juzguen útiles y podrán adoptar las providencias necesarias para la protección del patrimonio. Tipos de defensor del desaparecido por sus tareas.

Primero, defensor del desaparecido exclusivamente para representación en juicio. Segundo, defensor del desaparecido exclusivamente para los negocios. Tercero, defensor del desaparecido para la conservación del patrimonio en cuyo caso concreto deberá, antes de empezar el ejercicio de su cargo, practicar judicialmente con intervención del Ministerio Fiscal, inventario de los bienes muebles y descripción de los inmuebles.

Facultades del defensor del desaparecido. La extensión de las facultades y de las obligaciones del defensor dependen fundamentalmente de su parentesco con el desaparecido y, por eso, no están previstas restricciones para el cónyuge, ni los hijos, ni los ascendientes en el Código Civil. Mientras que en el artículo 2033 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda actuación del hermano, pariente o amigo requerirá la autorización previa del juzgado y, una vez realizada, deberá darle cuenta al mismo juzgado para su aprobación, por más que en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil se autorice al juez a que, atendido las circunstancias del caso y de las personas, pueda

dispensar o moderar dicha obligación.

La declaración de fallecimiento. La declaración de fallecimiento, que antes de la reforma del año 1939 se conceptuaba como una presunción de muerte, de la que aún queda algún resto en el artículo 85 del Código Civil, tiene un doble carácter que, visto lo frecuente que es su olvido por los alumnos, conviene resaltar ya desde las primeras palabras a ellas dedicadas. Ese doble carácter estriba en que, si bien por una parte se puede considerar como la última etapa de la situación de ausencia, a tenor del artículo 195 del Código Civil, sin embargo, esto no quiere decir en modo alguno que sea imprescindible la previa declaración de ausencia para poder proceder a la declaración de fallecimiento, sino que ella misma puede intentarse y conseguirse sin necesidad de esa previa declaración de ausencia.

Y de esta forma queda puesto de manifiesto con rotundidad lo que yo he llamado el doble carácter de la declaración de fallecimiento, cuyas notas características yo señalo así. Primera. Se trata de una situación jurídica independiente que, aunque puede entrañar el cese de la situación de ausencia legal cuando ésta existiera a través de su oportuna declaración, no requiere, como condición previa, la existencia de esa declaración para poder proceder a la declaración de fallecimiento.

Segunda. Yo creo, pese al tenor literal del artículo 34 del Código Civil, no se sigue tratando ya de una presunción de muerte a tenor del artículo 195 del Código Civil, cuanto de una suavización de la presunción de vida en la que se le otorga una más fuerte probabilidad a la posibilidad de la muerte, lo cual explica el régimen puramente provisional de los efectos de la declaración de fallecimiento, tal como con absoluta claridad se desprende del artículo 197 del Código Civil. Tercera.

Pese a que la declaración de fallecimiento produce efectos semejantes al verdadero y propio fallecimiento, no es posible enlazar a la misma con medio alguno de prueba de la muerte, por más que a tenor del artículo 85 del Código Civil sirva para disolver el matrimonio. Por su parte, el maestro Federico de Castro señalaba como notas características de la declaración de fallecimiento estas tres que yo me complazco en reproducir como un homenaje a su memoria. La declaración de fallecimiento crea una situación de duración indefinida pero no de carácter firme, por cuanto la propia ley establece la posibilidad de la presentación del declarado fallecido o la de que sea distinta la fecha efectiva del fallecimiento a la consignada en la declaración.

La declaración de fallecimiento, por su misma carencia de firmeza, impide durante un periodo de cinco años la libre disposición a título gratuito de los bienes del declarado fallecido que se adjudiquen a sus herederos tal como expresamente menciona el artículo 196 del Código Civil. La declaración de fallecimiento no origina ninguna inscripción ni definitiva ni siquiera provisional del fallecimiento a tenor de lo dispuesto en el número 6 del artículo 198 del Código Civil sino únicamente de la existencia de la declaración, los dos supuestos de existencia. La declaración de fallecimiento, tanto en la doctrina como en todas las legislaciones, aunque la

terminología sea cambiante, se centra en dos modalidades que Necerus ha llamado de ausencia simple y de ausencia calificada, pero que con mayor claridad y con mayor sentido pedagógico, aunque abandonado por el único gravísimo defecto de ser producto español, llamó Valverde declaración de fallecimiento de ausentes, en la que englobaba tanto a los ausentes con declaración legal de ausencia, como a los ausentes de hecho sin esa previa declaración de ausencia legal, pero físicamente ausentes, y declaración de fallecimiento de desaparecidos.

Estos dos supuestos se encuentran aludidos en nuestro Código Civil, si bien no sistematizados. Requisitos. Primero, que se den los supuestos y los plazos que la ley determina y que son distintos, según se trate de la declaración de fallecimiento de un ausente o de la de un desaparecido, y sin que ninguno de los dos casos sea preciso, repito y machaco, la previa existencia de la declaración de ausencia legal, sino solamente el hecho fáctico de la ausencia en sentido físico.

Segundo, que sea solicitada la declaración de fallecimiento por parte interesada o por el Ministerio Fiscal. A. Por el transcurso de 10 años desde las últimas noticias recibidas de quien se solicita la declaración de fallecimiento o, a falta de éstas, desde su ausencia de hecho. B. Por el transcurso de sólo 5 años desde las últimas noticias recibidas o desde su ausencia de hecho, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido 75 años.

En este mismo artículo 193 se establece expresamente que en ambos casos deberán contarse los plazos aludidos una vez expirado el año natural en que tuvieron las últimas noticias o de aquel en que ocurrió el dato inicial de la ausencia de hecho. Efectos. Por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal en el caso de que ésta existiera y, consiguientemente, termina la gestión del representante del ausente, ya sea ausencia legal o de hecho, y ha de abrirse la sucesión hereditaria respecto a los bienes que constituyan el patrimonio del declarado fallecido adjudicándose, ya sea judicial o extrajudicialmente.

Pero el derecho de los herederos del declarado fallecido se ve sometido a las siguientes limitaciones según los diversos apartados del artículo 196 del Código Civil. Primero. Los herederos no pueden disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento de los bienes adjudicados.

Segundo. Hasta que transcurra ese mismo plazo, no se entregarán los legados ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios de lo que están exceptuados los sufragios en favor del alma del testador y los legados en favor de instituciones de beneficencia. Tercero.

Los sucesores tienen obligación ineludible, aun en el supuesto de que por tratarse de un único heredero no fuera necesaria la partición, de formular notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles. Cuarto. Como ya he dicho, desnaturalizando un poco el carácter no firme de la declaración de fallecimiento, la nueva redacción dada al artículo 85 del Código Civil establece como efecto peculiar el que la declaración de fallecimiento disuelve el matrimonio.

Casos en que procede la declaración de fallecimiento de desaparecidos. Estos supuestos se encuentran englobados por dos criterios complementarios, de los cuales uno es el riesgo o peligro en que la persona se encontró y el otro es la presunción o comprobación del siniestro que implicó a la persona afectada, lo cual conlleva un alargamiento del plazo general en estos supuestos de dos años a un año más de plazo para los supuestos de siniestro presunto. Los casos son seis, mencionados en el artículo 193 número tercero y 194.

Debéis saberlos y saber sus peculiares efectos. ...encontrado sin haberse tenido, con posterioridad al siniestro o a la violencia, noticias suyas. El propio Código Civil, en el último párrafo de este mismo número del artículo 193, establece una presunción por virtud de la cual se presume la existencia de la violencia si en una subversión de orden político o social hubiese desaparecido una persona sin volverse a tener noticias suyas durante el tiempo expresado.

...siempre que hayan pasado seis meses desde el cese de la subversión. Es importante señalar que en lo que se refiere a este apartado del artículo 193 se establece una forma de cómputo del tiempo distinta a la que se ha previsto para los otros dos números del mismo artículo concreto, y así en este caso se establece expresamente que el plazo de los dos años será contado de fecha a fecha. Segundo, el del número primero del artículo 194 del Código Civil, que se refiere a los que perteneciendo a un contingente armado o unidos a él en calidad de funcionarios auxiliares voluntarios o en funciones informativas, hayan tomado parte en operaciones de campaña y desaparecido en ellas luego que hayan transcurrido dos años contados desde la fecha del Tratado de Paz y en caso de no haberse concertado desde la declaración oficial del fin de la guerra.