**DERECHO CIVIL**

**TEMA 16**

**LA AUSENCIA.** **DEFENSA DEL DESAPARECIDO. DECLARACIÓN DE AUSENCIA; REQUISITOS Y EFECTOS.** **DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO: REQUISITOS Y EFECTOS.**

**LA AUSENCIA.**

Como se estudia en el tema 11 de esta parte del programa, la sede jurídica de una persona es su domicilio.

La ausencia del domicilio es un hecho frecuente y cotidiano, y por ello suele ser indiferente para el Derecho.

No obstante, la imposibilidad de comunicar con una persona durante un período prolongado de tiempo en su domicilio aconseja prevenir alguna manera de gestión de las relaciones jurídicas en las que es parte, en defensa del propio interesado, pero también en interés de sus acreedores, de sus posibles herederos y, en último término, del interés público, para que los bienes no queden abandonados e indefensos, incumplidas las obligaciones, etcétera.

El Código Civil de 24 de julio de 1889 regula la ausencia en el Título VIII del Libro I, íntegramente redactado en 1939, inmediatamente después de la Guerra Civil y del gran número de muertos, desaparecidos y exiliados que ésta provocó.

Las actuaciones procesales relativas a la ausencia, por su parte, se regulan en los artículos 68 a 77 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de 2015.

El Código Civil regula la ausencia distinguiendo tres posibles situaciones: la de defensa del desaparecido, la de ausencia legal, y la de declaración de fallecimiento. Estas tres situaciones no son necesariamente sucesivas, aunque reflejan una incertidumbre creciente acerca de lo que pueda ser de la persona, con una estabilidad también creciente de las medidas que se adoptan.

La generalidad de la doctrina considera que la ausencia no supone una modificación de la capacidad ni del estado civil, sino una desconexión entre la persona y el patrimonio, generándose una situación supletoria encargada del cumplimiento de los deberes y del ejercicio de los derechos del ausente.

**DEFENSA DEL DESAPARECIDO.**

La primera de las situaciones referidas, la defensa del desaparecido, está regulada por el artículo 181 del Código Civil, que dispone que “en todo caso, desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias, podrá el (Letrado de la Administración de Justicia), a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal, nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave. Se exceptúan los casos en que aquél (hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes).

El cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente será el representante y defensor nato del desaparecido; y por su falta, el pariente más próximo hasta el cuarto grado, también mayor de edad. En defecto de parientes, no presencia de los mismos o urgencia notoria, el (Letrado de la Administración de Justicia) nombrará persona solvente y de buenos antecedentes, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

También podrá adoptar, según su prudente arbitrio, las medidas necesarias a la conservación del patrimonio”.

El precepto citado no prevé un tiempo mínimo de desaparición para que se proceda al nombramiento de defensor, como tampoco las funciones y poderes del mismo, lo que será apreciado en función de las circunstancias del caso concreto.

**DECLARACIÓN DE AUSENCIA; REQUISITOS Y EFECTOS.**

**Declaración de ausencia.**

La segunda de las situaciones de ausencia es la de ausencia legal o declarada, y en esta situación se pone formalmente el patrimonio del desaparecido bajo una administración estable pero interina, a la espera de que se produzca la reaparición de la persona o su sucesión.

**Requisitos.**

Los requisitos de la declaración de ausencia son de dos tipos, formales y materiales.

Los requisitos formales son dos, a saber:

1. La instancia de parte promoviendo la declaración, a cuyo efecto el artículo 182 del Código Civil establece que “tiene la obligación de promover e instar la declaración de ausencia legal, sin orden de preferencia:

Primero. El cónyuge del ausente no separado legalmente.

Segundo. Los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado.

Tercero. El Ministerio fiscal de oficio o a virtud de denuncia.

Podrá, también, pedir dicha declaración cualquier persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte”.

1. La declaración legal de la ausencia, que conforme a la Ley de Jurisdicción Voluntaria se realiza mediante decreto del Letrado de la Administración de Justicia, previa tramitación de un expediente con intervención del Ministerio Fiscal.

Los requisitos materiales son los previstos por el artículo 183 del Código Civil, que establece que “se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia:

Primero. Pasado un año desde las últimas noticias o a falta de éstas desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes.

Segundo. Pasados tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes.

La muerte o renuncia justificada del mandatario, o la caducidad del mandato, determina la ausencia legal, si al producirse aquéllas se ignorase el paradero del desaparecido y hubiere transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias, y, en su defecto, desde su desaparición”.

**Efectos.**

El principal efecto de la declaración de ausencia es el nombramiento del representante del ausente, respecto del que el artículo 184 del Código Civil dispone que “salvo motivo grave apreciado por el (Letrado de la Administración de Justicia), corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones:

1º. Al cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho.

2º. Al hijo mayor de edad; si hubiese varios, serán preferidos los que convivían con el ausente y el mayor al menor.

3º. Al ascendiente más próximo de menos edad de una u otra línea.

4º. A los hermanos mayores de edad que hayan convivido familiarmente con el ausente, con preferencia del mayor sobre el menor.

En defecto de las personas expresadas, corresponde en toda su extensión a la persona solvente de buenos antecedentes que el (Letrado de la Administración de Justicia), oído el Ministerio fiscal, designe a su prudente arbitrio”, que es denominado por la doctrina representante dativo.

El artículo 183 *in fine* establece que “inscrita en el Registro Civil la declaración de ausencia, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente”.

Las obligaciones del representante, conforme al artículo 185 del Código Civil, son las siguientes:

“1ª. Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado.

2ª. Prestar la garantía que el (Letrado de la Administración de Justicia) prudencialmente fije. Quedan exceptuados (el cónyuge, el hijo y el ascendiente).

3ª. Conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles.

4ª. Ajustarse a las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la Ley Procesal Civil (si bien la Ley de Jurisdicción Voluntaria no establece norma alguna al respecto).

Serán aplicables a los representantes dativos del ausente, en cuanto se adapten a su especial representación, los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela y las causas de inhabilidad, remoción y excusa de los tutores”.

Respecto de los derechos del representante del ausente, el artículo 186 del Código Civil establece que el cónyuge, hijos y ascendientes “disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente y harán suyos los productos líquidos en la cuantía que el (Letrado de la Administración de Justicia) señale, habida consideración al importe de los frutos, rentas y aprovechamientos, número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos, cuidados y actuaciones que la representación requiera, afecciones que graven al patrimonio y demás circunstancias de la propia índole.

Los (hermanos) disfrutarán, también, de la posesión temporal y harán suyos los frutos, rentas y aprovechamientos en la cuantía que el (Letrado de la Administración de Justicia) señale, sin que en ningún caso puedan retener más de los dos tercios de los productos líquidos, reservándose el tercio restante para el ausente, o, en su caso, para sus herederos o causahabientes.

Los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el (Letrado de la Administración de Justicia), quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida”.

Nada dice el Código Civil respecto de la retribución del representante dativo del ausente, pero la remisión a las normas de la tutela implica la aplicación del artículo 229 del Código Civil, por lo que el representante dativo tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del ausente lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio.

El Código Civil también se preocupa de los eventuales derechos de terceros, y lo hace con dos disposiciones, a saber:

1. En primer lugar, el primer párrafo del artículo 187 establece que “si durante el disfrute de la posesión temporal o del ejercicio de la representación dativa alguno probase su derecho preferente a dicha posesión, será excluido el poseedor actual, pero aquél no tendrá derecho a los productos sino a partir del día de la presentación de la demanda”.
2. En segundo término, el segundo párrafo del artículo 188 prevé que “si se presentase un tercero acreditando por documento fehaciente haber adquirido, por compra u otro título, bienes del ausente, cesará la representación respecto de dichos bienes, que quedarán a disposición de sus legítimos titulares”.

La declaración legal de ausencia también produce efectos en la esfera familiar, como son los siguientes:

1. La patria potestad respecto de los hijos comunes será ejercida exclusivamente por el cónyuge del ausente, conforme al artículo 156 del Código Civil.
2. El cónyuge del ausente tiene derecho a la separación de bienes y a solicitar del juez que declare la disolución de la sociedad de gananciales, conforme a los artículos 189 y 1393 del Código Civil.
3. Si el cónyuge presente no ejerce esta facultad es aplicable el artículo 1388 del Código Civil, que dispone que “los Tribunales podrán conferir la administración (de los bienes gananciales) a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento”. Conforme al artículo 1389 del Código Civil, el cónyuge del ausente tendrá en la administración de los bienes comunes “plenas facultades salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia, establezca cautelas o limitaciones. En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial”.

Por otro lado, el Código Civil se preocupa por adoptar ciertas cautelas y reservar ciertos derechos al declarado ausente, y así:

1. El artículo 190 dispone que “para reclamar un derecho en nombre de la persona constituida en ausencia, es preciso probar que esta persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo”.
2. Sin perjuicio de ello, el artículo 191 del Código Civil establece que “abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla. Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer, con intervención del Ministerio fiscal, inventario de dichos bienes, los cuales reservarán hasta la declaración del fallecimiento”.
3. Sin embargo, esto se entiende sin perjuicio, conforme al artículo 192 del Código Civil, “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 transcurso del 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 cuanto acabo de exponer.

Respecto de los efectos registrales, el artículo 78 de la Ley del Registro Civil de dispone que la declaración de ausencia se inscribirá en el registro individual del declarado ausente, haciendo constar en ella cuanto se previene en el artículo 198 del Código Civil. Este precepto, por su parte, prevé la constancia registral de las representaciones del ausente, de los inventarios de bienes muebles y descripción de inmuebles del ausente, y de las escrituras de transmisiones y gravámenes que efectúe el representante del ausente.

Por último, la situación de ausencia declarada concluye en los casos siguientes:

1. Por aparición del ausente, disponiendo al respecto al artículo 187 del Código Civil que “si apareciese el ausente, deberá restituírsele su patrimonio, pero no los productos percibidos, salvo mala fe interviniente, en cuyo caso la restitución comprenderá también los frutos percibidos y los debidos percibir a contar del día en que aquélla se produjo, según la declaración del (Letrado de la Administración de Justicia)”.
2. Por prueba de la muerte del ausente, disponiendo el artículo 188 del Código Civil que en tal caso “se abrirá la sucesión en beneficio de los que en el momento del fallecimiento fuesen sus sucesores voluntarios o legítimos, debiendo el poseedor temporal hacerles entrega del patrimonio del difunto, pero reteniendo, como suyos, los productos recibidos en la cuantía señalada”.
3. Por la declaración de fallecimiento del ausente, cuestión que el programa exige que analice a continuación.

**DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO: REQUISITOS Y EFECTOS.**

**Declaración de fallecimiento.**

La tercera de las situaciones de ausencia es la que conduce a la declaración de fallecimiento.

Existen ocasiones en que la muerte biológica de una persona, única causa de extinción de la personalidad conforme al artículo 32 del Código Civil, no se puede constatar con plena certeza, lo que unido a la ausencia prolongada de la persona y a la falta de noticias respecto de la misma, motiva que el ordenamiento jurídico presuma su muerte.

La declaración de fallecimiento tiene valor constitutivo, es independiente de la declaración de ausencia y produce efectos parcialmente iguales a la muerte, aunque no del todo coincidentes dado el carácter reversible de los mismos en caso de aparición con vida del declarado fallecido.

**Requisitos.**

Los requisitos de la declaración de fallecimiento son de dos tipos, formales y materiales.

Los requisitos formales son dos, a saber:

1. La instancia de parte promoviendo la declaración.

Están legitimados para promover la declaración de fallecimiento el Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a través de denuncia, el cónyuge del ausente no separado legalmente o persona que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y cualquier persona que fundadamente pueda tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte.

1. La declaración legal de fallecimiento, que conforme a la Ley de Jurisdicción Voluntaria se realiza mediante decreto del Letrado de la Administración de Justicia, previa tramitación de un expediente idéntico al de la declaración de ausencia.

Respecto de los requisitos materiales, el artículo 193 del Código Civil dispone que “procede la declaración de fallecimiento:

1º. Transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición.

2º. Pasados cinco años desde las ultimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años.

Los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias, o, en su defecto, del en que ocurrió la desaparición.

3º. Cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses.

Se presume 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 la cesación de la subversión”.

El artículo 194 del Código Civil añade que procede también la declaración de fallecimiento:

1º. De los que, formando parte de un contingente armado, hayan tomado parte en operaciones de campaña y desaparecido en ellas luego que hayan transcurrido dos años desde la fecha del tratado de paz o declaración oficial de fin de la guerra.

2º. De los que se encuentren a bordo de una nave o aeronave que se presuma naufragada o siniestrada por no llegar a su destino o no retornar al puerto o aeropuerto de salida y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes, luego que haya transcurrido un mes contado desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave o aeronave del puerto o aeropuerto inicial del viaje.

3º. De los que resulte acreditado que se encontraban a bordo de una nave naufragada o aeronave siniestrada y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes o, si se hubieran encontrado restos humanos que no hubieran podido ser identificados, luego que hayan transcurrido ocho días.

En este último caso la declaración de fallecimiento sólo puede ser instada por el Ministerio Fiscal, que lo hará inmediatamente después del siniestro si no se hubieran encontrado restos humanos, o a los ocho días del siniestro si no se hubieran identificado los restos encontrados.

**Efectos.**

Dos son los efectos de la declaración de fallecimiento, a saber:

1. El artículo 195 del Código Civil prevé que “por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario.

Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario”.

1. El artículo 196 del Código Civil dispone que “firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación conforme a lo dispuesto legalmente.

Los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración del fallecimiento.

Hasta que transcurra este mismo plazo no serán entregados los legados, si los hubiese, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de instituciones de beneficencia.

Será obligación ineludible de los sucesores, aunque por tratarse de uno solo no fuese necesaria partición, la de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles”.

Los efectos registrales son idénticos a los de la declaración de ausencia, antes expuestos.

Por último, la declaración de fallecimiento no tiene la irreversibilidad propia de la muerte, y por ello el artículo 197 del Código Civil establece que “si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”.

José Marí Olano

16 de junio de 2021