

guía en *domiciliados* y *transeuntes*, no pudiendo ser nunca *vecinos*, y hoy, después del Código, el *domicilio* es sólo el *término legal* de aplicaciones civiles, subsiste igualmente todo el Derecho anterior en este punto, sin que ofrezca tampoco novedades de *tránsito* que hacer notar aquí.

**Cuarta.** Que únicamente varían por el Código algunas *aplicaciones procesales* del domicilio, en cuanto éste puede modificar reglas de competencia, que por razón de esta causa estableciera la ley de Enjuiciamiento civil; á cuyos supuestos será de aplicar el criterio doctrinal y legal de la regla *cuarta* de las disposiciones transitorias, que en cuanto al *ejercicio, duración y procedimientos*, para hacer valer las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código, los sujeta, respecto de su *ejercicio*, á lo dispuesto en el mismo, á no ser que el ejercicio del derecho ó de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fueran diferentes de los establecidos por el Código, en cuyo caso podrán optar los interesados por unos ó por otros.

**Quinta.** La *décimotercera* de las reglas de las disposiciones transitorias respecto de los casos no comprendidos *directamente* en las demás, que se resolverán por los *principios* que las sirven de *fundamento*.

## § 2.º

### Resumen de fuentes del nuevo Derecho civil común.

25. ENUMERACIÓN DE LAS APPLICABLES Á LAS MATERIAS DE ESTE CAPÍTULO.—En lo relativo á este punto, son dichas *fuentes*:

- 1.ª Los artículos del Código que se transcriben y explican en el Art. II de este Capítulo.
- 2.ª La Constitución del Estado, de 30 de Junio de 1876.
- 3.ª La ley de Registro civil, de 17 de Junio de 1870.
- 4.ª La ley de Enjuiciamiento civil, de 3 de Febrero de 1881.
- 5.ª La ley Municipal, de 2 de Octubre de 1877.
- 6.ª El Real decreto, de 17 de Noviembre de 1852.
- 7.ª La ley de Presupuestos, de 21 de Julio de 1876, confirmada por las posteriores, y la Instrucción de 31 de Diciembre de 1881, y la ley de 3 de Agosto de 1907, para la administración y cobranza del impuesto sobre cédulas personales.

## CAPÍTULO XV

SUMARIO.—**Del sujeto del Derecho.**—CAUSAS MODIFICATIVAS DE LA CAPACIDAD CIVIL (continuación).—11.ª y 12.ª LA PRESENCIA Y LA AUSENCIA.

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de LA PRESENCIA Y LA AUSENCIA.*—1. Inicial.—2. Aceptaciones de estas palabras.—3. La *presencia*.—4. La *ausencia*, su diverso significado.—5. Definición del *ausente* y distinciones con el *no presente*.—6. Falta de precedentes en el Derecho romano sobre la ausencia.—7. Escasez de los de nuestro Derecho antiguo y disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil de 1881 sobre la materia.—8. Explicación de la escasez de precedentes legales sobre la ausencia.—9. Sus efectos.—10. Conclusión.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—11. Ausencia y presunción de muerte.

Art. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—12. Medidas provisionales en caso de ausencia.—13. Declaración de ausencia.—14. Administración de bienes del ausente.—15. Presunción de muerte del ausente.—16. Efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente.—17. Otras aplicaciones de la ausencia.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—18. Ausencia.—19. Presunción de muerte.

§ 3.º *Explicación.*—20. Inicial.—21. Ausencia presunta.—22. Ausencia declarada.—23. Administración de los bienes del ausente.—24. Presunción de muerte del ausente.—25. Efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente.—26. Suscripción en el Registro de la propiedad, de la ausencia.—27. Otras aplicaciones de la ausencia.

Art. III.—RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición.*—28. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.*—29. Enumeración de las aplicables á las materias de este Capítulo.

## ART. I

### DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

## § 1.º

**Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de LA PRESENCIA Y LA AUSENCIA.**

1. Influyen también en la capacidad civil y en el resultado de las relaciones que ella origina los estados de *presencia* y *ausencia*.

2. Estas palabras ofrecen distintas acepciones: ya significan una idea relativa de personas, cosas ó lugares, y en este caso, la condición de *presente* ó *ausente*, respecto de las personas, de las cosas ó del lugar, es verdadera ausencia *física* ó de *hecho*; ya una falta de aptitud jurídica para concurrir eficazmente á un acto, en cuyo supuesto, la ausencia es *moral* ó de *derecho*, en cuanto que la presencia del loco, menor, etc., no tiene la eficacia jurídica que la de las personas no incapacitadas.

3. La *presencia* es, en general, en las relaciones jurídicas, causa de la vitalidad del derecho; ella produce toda efectividad legal, tanto en su creación como en su permanencia y caducidad; es el sello de la personalidad, ó sea, el elemento subjetivo del derecho, así como de su objetividad, y de la relación que entre ambas se produce; sin ella no se conciben la ciudadanía, la vecindad, el domicilio, el estado civil, el dominio, la posesión, las adquisiciones por cualquier modo ó título, el contrato celebrado, la familia constituida, la sucesión hereditaria causada, etc., etc.

4. La *ausencia* es, en general, término opuesto de la *presencia*; pero en su aplicación á las relaciones de Derecho constituye, según opina un ilustrado escritor (1), «el estado de una persona que no se encuentra donde su presencia es necesaria», y se ofrece bajo tres distintos aspectos: ó se halla en otro lugar diferente del de su residencia, ó fuera de la provincia en que radiquen cosas de su propiedad, ó *ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga conocimiento de su paradero, ni apoderar persona que la represente*. La primera de estas acepciones se refiere sólo al disfrute de ciertos derechos reservados al domicilio, ó á la vecindad; la segunda es aplicable á la *prescripción*; y la tercera, que es la verdadera ausencia en el sentido en que aquí la consideramos, produce un general *estado civil* en el ausente, aplicable á todas las relaciones jurídico-civiles en que se halle interesado.

5. *Ausente*, en este sentido expresivo de un *estado civil* especial, es el que está declarado tal *judicialmente*.

El ausente *declarado*, y aun el ausente *presunto*, no son términos iguales al del *no presente*. Éste es el que en una *actualidad determinada* no se encuentra en el lugar de su residencia habitual, ó en términos más concretos, no lo está á la celebración de un acto determinado, ó donde su presencia es necesaria, pero sin que de su existencia se tenga la menor duda.

6. El Derecho romano carecía de reglas sobre la ausencia y se limitaba á proveer á las necesidades de este estado, en orden á la esfera patrimonial del ausente por el medio jurídico del cuasi contrato de la *gestión de negocios*.

7. No podía ser más incompleto sobre esta materia, el Derecho civil anterior á la promulgación del Código, pues, fuera de alguna aplicación particular que la condición de *ausente* producía (2), únicamente merecen citarse las leyes 14.<sup>a</sup>, tít. 14 y 12.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, Partida III (3).

Determina la primera que, si el ausente marchó á lejanas tierras y es

(1) Escriche, última edición, t. I, pág. 869, columna 2.<sup>a</sup>

(2) Art. 90, L. Mat. civ., que hace de la ausencia prolongada de uno de los cónyuges, con ignorancia de su paradero, causa de presunción de su muerte si durare hasta que tuviera cien años de edad el ausente, y, por tanto, también, de disolución del matrimonio.

(3) Y la L. 8.<sup>a</sup>, tít. 1.<sup>o</sup>, Part. IV, que declara disueltos los esponsales cuando uno de los contrayentes se marcha á otras tierras y *non le pueden fallar ni saber do es*.

fama pública que ha muerto, bastan diez años de ausencia y esta prueba de fama pública entre los del país en que se dice murió el ausente, para considerarlo legalmente así; pero si se marchó á tierras cercanas, donde no sea difícil averiguar la verdad directamente, ó la fecha de la ausencia y de la muerte no excede de cinco años, entonces no basta la prueba de fama pública, y es precisa la de testigos presenciales de su muerte y enterramiento. Según se observa, el precepto más importante de esta ley es la presunción de muerte del ausente, cuyo paradero se ignora, á lejanas tierras, si han transcurrido diez años y existe fama pública de su fallecimiento. Esta presunción de la ley, por tan corto tiempo, entendida de un modo absoluto y en sus aplicaciones á la sucesión intestada, á que principalmente alude, sería ocasionada á graves contingencias si el uso de los Tribunales y la práctica, en general, no hubiesen adoptado otras garantías para hacer la delación de bienes á título de herencia á los más próximos parientes del ausente que se reputa muerto.

La segunda de dichas leyes es de índole más procesal, pero preceptúa que se provea de curador á los bienes del ausente cuando fuere demandado.

También la ley Hipotecaria, en el núm. 4.<sup>o</sup> del art. 2.<sup>o</sup>, declaró que es título sujeto á inscripción en el Registro de la propiedad la ejecutoria en que se declara la presunción de muerte de personas ausentes (1), siendo éste un precedente á la vez que un elemento del Derecho vigente acerca de la materia, que ha de considerarse complementario de la doctrina del Código civil sobre el particular.

Por último, la ley de Enjuiciamiento civil de 3 de Febrero de 1881 consagra los arts. 2.031 al 2.047, que forman el tít. 12 del lib. III, á la materia de ausencia, bajo el epígrafe «*De la administración de los bienes de ausentes en ignorado paradero*».

8. La falta de leyes antiguas sobre la ausencia, y el interés que este estado civil inspira á todos los Códigos modernos, es un fenómeno histórico-legislativo de fácil explicación: las generaciones antiguas estaban más unidas al hogar de su patria, ya porque los medios de comunicación no eran tan expeditos y frecuentes, ya porque el espíritu de propaganda, exploración, relaciones comerciales y científicas no alcanzaron en la antigüedad un desarrollo tan completo como en la época moderna, cuyo sello distintivo pudiéramos decir que es un marcado cosmopolitismo; si bien es preciso reconocer la mayor facilidad en los tiempos actuales para adquirir noticias de los ausentes.

He aquí por qué todos los Códigos, y entre ellos el Proyecto del civil español de 1851 (2), ofrecieron un doctrinal conjunto de preceptos que regulaban el estado civil de ausencia, de los cuales, la mayor parte se vinieron aplicando como reglas de costumbre ó jurisprudencia, á fin de suplir los vacíos que en esta materia ofrecían las leyes civiles anti-

(1) Hoy, también, la reformada vigente ha adicionado, anteponiéndola, «la ausencia».

(2) Tít. 2.<sup>o</sup>, lib. I, arts. 310 al 326.

guas (1), hasta que la última ley de Enjuiciamiento civil lo subsanó en parte con los preceptos de la misma antes aludidos, y que han constituido el único Derecho escrito sobre la materia hasta la promulgación del Código civil (2).

(1) Tales son el nombramiento provisional de un administrador; la declaración de ausencia dentro de los diez años de la misma, otorgando la posesión de bienes del ausente á los herederos por testamento y á los *ab intestato*, sin perjuicio de restitución con sus frutos al ausente que después se presentase, menos una quinta parte de los mismos, que conservará el poseedor; y la presunción de muerte á los treinta años de su ausencia ó ciento de su nacimiento, restituyéndole sus bienes también, si regresa, en el estado que tengan, ó precio de los enajenados ó adquiridos con el mismo; pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

(2) *Tit. 12 del lib. III de la ley de Enjuiciamiento civil:*

»Art. 2.031. Cuando por más de dos años se ignore el paradero de una persona que se hubiere ausentado de su domicilio, dejando abandonados sus bienes, y no pueda justificarse su defunción, cualquiera de los parientes más próximos que hubieran de ser sus herederos *ab intestato* podrá pedir que se le entregue bajo fianza la administración de dichos bienes.

»Art. 2.032. El que deduzca la pretensión expresada en el artículo anterior deberá presentar los documentos que justifiquen su parentesco con el ausente, y una relación de los bienes cuya administración solicite, con expresión de la renta que produzcan ó puedan producir.

»Ofrecerá además información sobre los extremos siguientes:

»1.º Sobre la ausencia é ignorado paradero de la persona de que se trate, fecha ó 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.

»3.º Que el demandante es el pariente más próximo del mismo, con expresión en su caso de los que se hallen en igual grado.

»Art. 2.033. El Juez recibirá la información con citación del Promotor fiscal.

»Esta información deberá ser de tres testigos, por lo menos, que hubieren sido amigos ó tenido relaciones con el ausente. El actuario dará fe de conocerlos, y si no los conociere, se presentarán dos testigos de conocimiento.

»Art. 2.034. Si de la información resultaren justificados los extremos expresados en el art. 2.032, el Juez mandará publicar dos edictos, con el intervalo y término de dos meses cada uno, llamando al ausente y á los que se crean con derecho á la administración de sus bienes, si aquél no se presentare.

»Se publicarán estos edictos en el lugar del último domicilio del ausente y en el de los bienes, y se insertarán en la *Gaceta de Madrid* y en el *Boletín Oficial* de la provincia.

»Se expresarán además en ellos los nombres de los que hubieren solicitado la administración de los bienes, y su grado de parentesco con el ausente, previniendo á los que se crean con mejor derecho que deberán justificarlo, con los correspondientes documentos, al comparecer en el Juzgado.

»Art. 2.035. Transcurrido el término de los segundos edictos, y unidas á los autos las solicitudes de los que se hubieren presentado, se pasará el expediente al Promotor fiscal por seis días, para que emita dictamen sobre si estima procedente entregar á los parientes la administración de los bienes del ausente, y sobre el derecho de los reclamantes.

»También podrá proponer el Promotor la subsanación de cualquiera falta que se hubiere cometido en la instrucción del expediente, en cuyo caso se proveerá previamente sobre este particular.

»Art. 2.036. Cuando sea uno solo el pariente que haya reclamado la administración

9. Los importantes efectos que la *ausencia* ha de producir en la capacidad civil de los ausentes se perciben desde luego, sin más que observar que la *presencia* — término opuesto de aquella — es, según se ha

y no se hubiere opuesto el Promotor fiscal, el Juez se la otorgará sin más trámites, si lo estima procedente.

»Lo mismo se practicará cuando, siendo dos ó más los pretendientes, hubieren manifestado su conformidad sobre cuál ó cuáles de ellos hayan de encargarse de la administración.

»Art. 2.037. Fuera de los casos expresados en el artículo anterior, el Juez convocará á junta, dentro de ocho días, á los pretendientes, para que se pongan de acuerdo sobre su mejor derecho y cuál de ellos haya de encargarse de la administración.

»Del resultado de la junta se extenderá la oportuna acta, que firmarán los concurrentes con el Juez y el actuario.

»Art. 2.038. Si resultare acuerdo en la junta, el Juez mandará que se lleve á efecto lo convenido, en el caso de haberse justificado que no se tiene noticia de la existencia y paradero del ausente, el abandono de los bienes y el parentesco de los que hayan de encargarse de la administración.

»Art. 2.039. No mediando conformidad en la junta, dentro de los tres días siguientes, dictará auto el Juez resolviendo lo que estime procedente, y mandando en su caso que se entregue desde luego la administración al pariente ó parientes nombrados por el mismo, sin perjuicio del derecho de los demás interesados, del que podrán hacer uso en el juicio que corresponda á la cuantía de los bienes.

»Este auto será apelable en un solo efecto.

»Art. 2.040. El administrador nombrado deberá prestar fianza, á satisfacción del Juez, en cantidad suficiente á 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.

»Para fijar su cuantía podrá el Juez disponer, si lo cree necesario, que se tase el valor en renta de los bienes por un perito de su elección.

»Art. 2.041. Prestada la fianza por el administrador, acordará el Juez se le dé el correspondiente título ó testimonio de su nombramiento, y que se le entreguen los bienes bajo inventario, que formará el actuario con citación del Promotor fiscal y de los demás parientes que se hallen en el mismo grado de parentesco y no sean administradores.

»Al mismo tiempo acordará que se tome anotación en el Registro de la propiedad de la ausencia é ignorado paradero del dueño de los inmuebles y del nombramiento de administrador, expidiéndose para ello los mandamientos oportunos.

»Art. 2.042. El administrador tendrá derecho á la retribución que el Juez le señale, la que no podrá exceder del 10 por 100 de las rentas de los bienes, y estará obligado á llevar cuenta justificada de los productos y gastos para rendirla al dueño de ellos, cuando se presente, ó á sus herederos ó causahabientes.

»Art. 2.043. Se sobreseerá en estos procedimientos, cualquiera que sea el estado en que se hallen:

»1.º Cuando comparezca el ausente por sí ó 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 ó *ab intestato*.

4.º Cuando se presentare un tercero acreditando, con el correspondiente documento, haber adquirido por compra ú otro título los bienes del ausente.

»En estos casos, si estuviere nombrado el administrador, cesará en su cargo, poniendo los bienes á disposición de los que á ellos tengan derecho.

»Art. 2.044. Si el ausente hubiese otorgado testamento y los herederos en él instituidos presentaran copia fehaciente del mismo, podrán solicitar la administración de los bienes, conforme á lo prevenido en los artículos que preceden.

dicho, causa de la vitalidad de todas las relaciones jurídicas. Suele distinguirse en la práctica la ausencia en orden á sus causas, haciendo diferencia entre la voluntaria y la necesaria; y aun la voluntaria, en justa é injusta, deduciendo de estas distintas especies la regla de que la ausencia necesaria y la voluntaria de causa justa no perjudican al ausente, pero sí la voluntaria y sin causa justa. Es de advertir que el ausente que deja apoderado sin restricciones no puede considerarse tal, así como tiene esta consideración el pródigo, loco ó infante, á no ser en los actos en que sea precisa su intervención personal.

La existencia de cosas, cuyo dueño está ausente, exige, por de pronto, ó gestores voluntarios que las cuiden, ó, en su defecto, nombramiento judicial de curador para los bienes del ausente; pero como éste puede estar en paradero cierto y conocerse su residencia—que no es propiamente el caso de ausencia á que nos referimos,—y sólo por la eventualidad de que las cosas se puedan perjudicar, á título de beneficio, podría causársele daño con oficiosa intervención é inútiles gastos judiciales, he aquí por qué la prudencia aconseja que sólo en el caso de concurrir las condiciones de ruina ó perjuicio inminente en los bienes, carencia total de personas que voluntariamente se hagan cargo de su administración, y seguridad completa de que la vuelta del propietario ausente será tardía, en relación á evitar el perjuicio que la falta de cuidado en sus bienes ocasiona, es cuando procedería el nombramiento de curador para los bienes de persona ausente cuyo paradero es conocido: lo contrario ocurre con el verdadero *ausente* en el sentido en que aquí se toma esta palabra, ó sea con aquel cuya residencia se ignora, y que marchó sin dejar apoderado, lo cual es bastante para que pudiera nombrarse un curador ó administrador de sus bienes, que representara además al ausente en todo lo que le favorezca, y que pueda hasta enajenar cosas de su patrimonio, si bien justificada su necesidad y con autorización del juez. Este curador, siendo menor el ausente, se consideraba dado, no por ausencia, sino por menor edad, y era nombrado por aquel motivo en el momento

»Art. 2.045. Cuando por más de dos años se hallen abandonados los bienes de un ausente cuyo paradero se ignore, á instancia del Promotor fiscal ó de cualquiera persona, aunque no sea pariente, podrá el Juez acordar las medidas que estime necesarias para la seguridad y administración interina de los bienes, previa información sobre los extremos señalados en los números 1.º y 2.º del art. 2.032, y sin perjuicio de los procedimientos establecidos en este título, para llamar á los parientes y proveer en ellos la administración.

»Art. 2.046. Si por parte legítima se hiciere oposición á los procedimientos establecidos en este título, fundada en no haber lugar á ellos, se sustanciará por los trámites que para los incidentes se determinan en el tít. 3.º, 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.

»Art. 2.047. Cuando por la presunción de muerte de un ausente pueda abrirse su sucesión testada ó intestada, hecha la declaración sobre aquel extremo en el juicio correspondiente, se procederá por los trámites de los juicios de testamentaria ó de *ab intestato*, según los casos.»

en que el ausente fuera mayor, recayendo el nombramiento en el mismo ú otra persona á quien se haría entrega de los bienes.

El que administrara bienes de ausente tendría las obligaciones y derechos de todo administrador judicial, como son: inventario, fianza, rendición de cuentas, empleo y depósito de cantidades sobrantes con arreglo á Derecho, y el premio de administración que se le designara por el Juez.

Esto, mientras la ausencia, sin conocer el paradero, no pasase de diez años, ni hubiera fama pública de haber muerto el ausente; pues en este caso por la presunción de muerte del ausente se procedía á su sucesión hereditaria, si bien con carácter provisional, por ser la presunción de las llamadas *iuris tantum*: el pariente más inmediato, como heredero *ab intestato*, ó si hubiere testamento, el instituido en él, podían reclamar que se les otorgara la posesión de la herencia bajo fianza, previa justificación de la ausencia de su causante á lejanas y extrañas tierras, falta de noticias suyas en diez años, y pública voz y fama, no contradicha, de su fallecimiento. Si la presunción se destruyera por el regreso ó noticias del ausente, se rescindía la delación hereditaria, y para la restitución de frutos, abono de mejoras é impensas, é indemnización de daños, se consideraba á los presuntos herederos como poseedores de buena fe.

Al ignorarse el paradero y la existencia de una persona largamente ausente ó desaparecida, sin que existiera tampoco fama pública de su muerte, era costumbre otorgar bajo fianza la administración judicial de sus bienes á los parientes más próximos que tendrían derecho á sucederle *ab intestato*, y cuando el ausente pudiera presumirse muerto por haber cumplido cien años, dichos parientes podrían solicitar, entonces, los bienes á título de herencia (1). Para exigir derechos de carácter vitalicio, como pensiones, dividendos de seguros procedentes de socios muertos en favor de otros supervivientes, no bastaba la prueba negativa de no existir fama pública de la muerte del ausente, ó de no haber cumplido éste la edad de cien años, sino que sería preciso justificar que vivía por medios directos y plenos. Importantes eran los resultados que la ausencia producía, relativos á la prescripción de los bienes del ausente y de las acciones para reclamar derechos hereditarios, así como en materia de contratos, siquiera entre nosotros se pudo, y puede, prometerse y estipularse en nombre de los ausentes (2).

10. Se ve, pues, que la ausencia puede ser causa *modificativa* ó *extintiva* de la capacidad civil, influyendo en el primer caso en la propiedad, posesión, familia, etc., y en el segundo, dando lugar á la presunción de muerte.

(1) Glosa de Gregorio López á la ley 14.ª, tít. 14, Part. III; L. 26, tít. 31, Part. III, y Sents. 13 Diciembre 1864 y 28 Junio 1868.

(2) L. única, tít. 16, Ord. de Alc., que es la 1.ª, tít. 1.º, lib. X, Nov. Rec., por la cual se derogó la 1.ª, tít. 11, Part. V.