

tenor de los arts. 181 y 182, según antes se observa—pueda ser eludida por el uso de los derechos á que da lugar la aplicación de los arts. 1.433, 1.434 y segundo párrafo del 1.436.

Pero donde resulta la *antinomia* más manifiesta es comparando, con el citado art. 188, los arts. 1.441, núm. 2.º, 1.442 y 1.444.

Conforme al núm. 2.º del 1.441, la administración de los bienes del matrimonio se transferirá á la mujer «cuando pida la declaración de ausencia del marido, con arreglo á los arts. 183 y 185».

Según el 1.442, «la mujer en quien recaiga la administración de todos los bienes del matrimonio tendrá, respecto de los mismos, *idénticas facultades* y responsabilidad que el marido cuando la ejerce, pero siempre con sujeción á lo dispuesto en el último párrafo del art. 1.441—que dice que «los Tribunales conferirán también la administración á la mujer con las limitaciones que estimen convenientes»—y en el art. 1.444».

Prescindiendo, por el pronto, de este último—que puede ser también causa de grave *antinomia* con el 188—obsérvese cómo dichos artículos 1.441, núm. 2.º y último párrafo, y 1.442, expresa y terminantemente relacionados con la doctrina de ausencia, se apartan del criterio del 188 respecto de la necesidad de la autorización judicial para la disposición de bienes de la sociedad conyugal por la mujer administradora en caso de ausencia *declarada* del marido, y sustituyen tal criterio de absoluta restricción por el de que la mujer se considere con *idénticas facultades* que el marido, sin otras limitaciones que las que los Tribunales *estimen convenientes*, cosa que es completamente distinta de lo preceptuado en dicho art. 188.

Por lo demás, la igualdad en los supuestos de todos estos artículos del Código no puede ser más manifiesta. Á casos de ausencia del marido, y administración, por esta causa, de los bienes del matrimonio por la mujer, se refieren unos y otros. La única diferencia, literal y no sustancial, accidental y no esencial, entre el 188, el 1.441 y el 1.442, que ofrece el examen más escrupuloso de los textos, es que el 1.441 formula la doctrina diciendo: «Cuando la mujer *pida* la declaración de ausencia del marido», y el 188 no distingue si fué *pedida* tal declaración ó no por la mujer, sino que se ocupa tan sólo de determinar su capacidad civil en el caso de ausencia del marido; y lo mismo puede decirse del 1.442, cuyos términos son también generales para el supuesto de que recaiga en la mujer, por esta causa de ausencia del marido, la administración de todos los bienes del matrimonio.

Por lo que se refiere á la contradicción del 1.444 con el 188, es de notar que al paso que éste concede á la mujer mayor de edad del ausente facultades para *disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que á ella pertenezcan*, aquél establece lo contrario, previniendo 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—que según el 1.433 puede tener por causa la declaración de la ausencia del marido—*ni aquellos cuya administración se le haya*

*conferido*, en los mismos supuestos del 188, del 1.436 y del 1.441: y que «dicha licencia se otorgará siempre que se justifique la conveniencia ó la necesidad de la enajenación», y sólo «cuando ésta se refiera á valores públicos ó créditos de Empresas y Compañías mercantiles, y no pueda aplazarse sin perjuicio grave ó inminente del caudal administrado, la mujer, con intervención de agente ó corredor podrá venderlos, consignando en depósito judicial el producto, hasta que recaiga la aprobación del Juez ó Tribunal competente».

La *antinomia* no puede ser más cierta, toda vez que ambos artículos se refieren á los mismos bienes, que son los inmuebles propios de la mujer que le hayan correspondido por la separación, aquellos cuya administración se le haya transferido, sean muebles ó inmuebles, pues que respecto de éstos no distingue los muebles de los inmuebles, y también, sin distinción de propios de la mujer ó de otorgados á su administración, los valores públicos ó créditos de Empresas y Compañías mercantiles; es decir, casi todos los que, con la designación genérica de *bienes de cualquiera clase*, menciona el 188, á excepción de los muebles que no sean valores públicos ni créditos de Empresas y Compañías mercantiles, los cuales son objeto de prescripción especial contradictoria por el art. 1.444.

Las situaciones jurídicas á que se contrae por modo especial el 188, y por modo general, comprensivo de aquél, el 1.444, son en realidad las mismas, y el único particular que resulta con reglas diferentes *compatibles*, es el relativo á los bienes muebles propios de la mujer, que no sean valores públicos ó créditos de Empresas y Compañías mercantiles, que puede regirse sin contradicción, comparado con el 1.444, por el 188; pero no en todos los demás particulares. Ni siquiera en una buena exégesis cabe adoptar, sin grave peligro de error, el criterio de aplicar como *especial* el 188 á la capacidad civil de la mujer casada, como administradora de los bienes del matrimonio y de los suyos propios en caso de ausencia declarada del marido, y el 1.444 á los demás que por *otras causas* constituyan á la mujer en tal situación de administradora de dichos bienes; porque una de las causas de la separación de bienes y de la transferencia de la administración de los mismos á la mujer, á cuyos generales supuestos se refiere el 1.444 para determinar en ellos su capacidad civil, es, según hemos dicho, la ausencia del marido, por mención expresa de los arts. 1.433, segundo párrafo del 1.436 y núm. 2.º del 1.441.

¡Consecuencias lamentables del funesto sistema empleado en la formación del Código civil, y cuya causa está quizá en la pluralidad excesiva de redactores, fraccionamiento exagerado de ponencias, falta de trabajos detenidos de coordinación, y precipitación censurable, por lo irreflexiva, con que se ha procedido!

Quizá pudiera censurarse que el Código hubiera omitido reglas respecto de seguridades y remuneraciones que pudieran ser necesarias, tratándose de la administración de los bienes del ausente, en el caso de ausencia declarada, bien porque constituye un estado de condición per-



manente y quizá definitivo, hasta que la ausencia llegue al tercer período y se engendre la presunción de muerte, bien porque, tratándose de la ausencia presunta, el mismo Código, en el art. 182, tuvo presentes esos extremos, defiriéndolos al arbitrio judicial.

Pero es elemental en toda administración la necesidad del *inventario* y de la *fianza*, á no ser esta última en los casos en que la calidad del parentesco de las personas constituya una garantía moral y tenga ya como criterio el de la relevación de ella para otras aplicaciones análogas. Así, en este caso, como, según el art. 187, la administración de los bienes del ausente se ha de conferir por el orden que establece el art. 220 á las personas mencionadas en el mismo, ni deberá prestar fianza el cónyuge presente, fuere el marido ó la mujer, por causas legales y morales bien ostensibles, ni tampoco los padres, ni por una evidente reciprocidad de consideración, los hijos ni los abuelos, pero sí los hermanos y los otros colaterales ó extraños, en los que, en defecto de las personas que menciona el art. 220, recaiga la administración de los bienes del ausente.

Esta fianza, en cuanto á su clase y cuantía, podrá regularse por el criterio legal de analogía del art. 253 del Código respecto del afianzamiento de la tutela y por el complementario del 2.040 de la ley de Enjuiciamiento civil, resultando que, á pesar de la prohibición de que sea personal, que contiene el segundo párrafo de este último, podrá serlo sólo de esta clase, á tenor del segundo párrafo del 253 del Código, cuando fuera imposible constituir fianza hipotecaria ó pignoraticia; pues aunque el art. 2.040 de la ley de Enjuiciamiento civil prohibía la admisión de fianza personal para la administración de bienes del ausente, este precepto, al fin, es anterior al Código, y su art. 253 que la admite por excepción, aunque relativo á la tutela, debe entenderse que modifica aquél, por ser del mismo Código y de una materia perfectamente similar.

En cambio, el *inventario* sí parece obligación común á todos los casos de administración de bienes del ausente, excepción hecha de los en que sea el cónyuge el administrador; y la práctica de esta formalidad deberá regularse por el art. 2.041 de la ley de Enjuiciamiento civil, como especial en la materia de ausencia, y no por el 265 del Código, relativo á la tutela, por la imposibilidad de que intervengan personas que garanticen la verdad de esta clase de inventarios, como el protutor, que no existe en el caso de ausencia.

En cuanto á la *remuneración*, *premio* ó *beneficios* de la administración de bienes del ausente, en el caso de ausencia *declarada* — pues en la *presunta*, lo determinará en cada caso el Juez, según el art. 182 — particular que también pasa en silencio el Código, y ya que no acepte el criterio del Proyecto de 1851 (1), que lo fijaba en un 20 por 100, la práctica en este punto tal vez ofrezca vacilaciones entre dos criterios, á saber: 1.º, considerar supletorio del Código el art. 2.042 de la ley de Enjuiciamiento civil, y, en su consecuencia, dejar á la determinación

(1) Art. 321.

judicial que fije la retribución del administrador dentro del tipo máximo del 10 por 100, y 2.º, estimar que no está vigente este artículo y adoptar una solución distinta, dentro de la cual caben también diferencias.

El primer criterio, desde luego no nos parece aceptable para todos los casos, porque las disposiciones sobre ausencia, de la ley de Enjuiciamiento civil, aparte del carácter adjetivo de la ley en que se contienen, están inspiradas en un sistema distinto de las que organizan en el Código la doctrina civil de ausencia, y lo único que cabe es no reputar vigente, como complementario del Código, dicho art. 2.042 de la ley de Enjuiciamiento civil, sino, á lo sumo, en los casos en los que haya necesidad de que el Juez fije el premio de administración por recaer ésta en extraños ó en parientes, como tutores de otros más próximos, en cuyo nombre ejerzan la administración, servir de tipo ó antecedente doctrinal lo practicado antes del Código.

Parece lo más acertado que no debe reputarse vigente dicho art. 2.042 de la ley de Enjuiciamiento civil, y distinguir á estos fines de premio de la administración del ausente para el que administra los dos supuestos siguientes:

1.º Que la persona á quien haya correspondido la administración de los bienes del ausente la ejerza por *propio derecho*, en virtud de la designación que la ley hace de ella en el art. 187, concordado con el 220 del Código, en cuyo caso sería la solución más conforme con su espíritu la de que haga suyos los frutos y rentas de los bienes del ausente, puesto que su calidad de parentesco tan inmediato no hace enorme semejante conclusión, y porque, además, la confirman de modo más ó menos explícito algunos artículos del Código, tales como el párrafo 3.º del 190, que declara cesará el administrador en el desempeño de su cargo, quedando los *bienes*—no habla de *frutos* ni *rentas*—á disposición de los que á ellos tengan derecho en el referido supuesto, que es el de presentarse un tercero acreditando, con el correspondiente documento, haber adquirido por compra ú otro título los bienes del ausente, y el 194, que de modo expreso y terminante declara que, si el ausente se presenta, ó, sin presentarse, se demuestra su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, y el precio de los enajenados ó de los adquiridos con él, *pero no podrá reclamar frutos ni rentas*.

2.º Que la persona que ejerza la administración de los bienes del ausente no lo haga por propio derecho, sino, teniéndolo ó no, la ejerza *en concepto de tutor* de los hijos menores del ausente, aunque él fuera también uno de aquéllos, y como mayor de edad preferido para el cargo de tutor, porque como la administración de bienes del padre ausente se ejerce en nombre del derecho de *todos* los hijos, no sería justo atribuirle á él por la condición de mayor de edad, el provecho de todos los frutos en daño de sus hermanos, y menos siendo extraño el tutor, que ejercerá la administración en nombre de los hijos menores del ausente, procedería semejante aplicación de los frutos en su favor. En todos estos casos, el que intervenga como tutor tendrá el premio de administración que le co-



rresponda en tal concepto, el cual será una deducción que se haga de los frutos de los bienes aplicables á los hijos del ausente, en cuyo nombre ejerza aquella administración.

En cuanto á los casos en que, según el art. 190, cesa la administración de los bienes del ausente, conviene advertir, en primer término, que son cosas distintas la cesación de aquélla que la del estado civil de ausencia, y particularmente de algunos de sus efectos.

Las causas que enumera el art. 190, según las cuales cesa la administración de los bienes del ausente, son *taxativas*, y algunas de ellas, como la primera y la tercera (1), ninguna influencia pueden tener en ciertos efectos que la ausencia produce, tales como los relativos á la patria potestad subsidiaria de la madre, y á la subsistencia del estado de separación de bienes, que la mujer del ausente haya pedido y obtenido conforme al art. 1.433.

Por lo mismo que dichas causas son *taxativas*, no producirá el efecto de que cese la administración de los bienes del ausente el que, una vez constituida aquélla, se adquieran noticias ciertas del paradero de aquél, porque esta causa no es de las mencionadas en el referido art. 190. En cambio, si dichas noticias del paradero del ausente sobrevinieran durante el actuado para la declaración de ausencia, ó declarada ésta, antes de transcurrir los *seis meses* desde su publicación en los periódicos oficiales, se sobreseerá en aquél, y dejará ésta de surtir efecto, por faltar el supuesto fundamental de la misma, según el art. 184, que para su declaración exige hayan pasado dos años sin haberse tenido noticia del ausente ó desde que se recibieron las últimas.

Obsérvese, finalmente, respecto de los efectos de la ausencia, ya *presunta*, ya *declarada*, que, dada la deficiencia de las disposiciones del Código en cuanto á los que ha de producir respecto á las personas relacionadas con el ausente, uno de los más importantes será el relativo á la presunción de la legitimidad del art. 108, en orden á los hijos que diera á luz la mujer del ausente.

Entendemos que la presunción de legitimidad estará subordinada á la fecha probada de la ausencia regulada por el término de los *trescientos días* siguientes á la misma, que puede y debe tomarse para este efecto de la legitimidad de la prole, como cosa igual á la *separación de los cónyuges* de que habla el final del primer párrafo del art. 108 (2); doctrina, que en este caso de ausencia confirma el segundo párrafo del mismo, al determinar que «contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la *imposibilidad física* del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo»; pues no cabe mayor prueba de dicha imposibilidad física que la completa y acabada de la ausencia del marido, en un período igual ó mayor de tiempo que el indicado.

(1) V. el núm. 12 de este capítulo, art. 190, Cód. civ.

(2) V. núm. 13, cap. 6.º

24. PRESUNCIÓN DE MUERTE DEL AUSENTE.—Constituye lo que se llama último período de la ausencia, y necesita de la *declaración judicial*, mediante la existencia de ciertas circunstancias, á saber: 1.ª El transcurso de *treinta* años desde que desapareció el ausente ó se recibieron las últimas noticias de él, ó el de *noventa* desde su nacimiento. 2.ª Que se pida por *parte interesada*.

En explicación de estas circunstancias diremos que la *presunción de muerte* del ausente 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 lógico presumir la muerte de personas que, por el tiempo considerable transcurrido sin noticias de su paradero, hace racional y fundado el temor de su muerte; pero no pasa de una mera *hipótesis*, á la cual la ley atribuye ciertos efectos de carácter probatorio, dando lugar á una verdadera presunción *iuris tantum*, pendiente de caducidad á toda hora por la prueba contraria al supuesto en que se funda.

Es de notar, como ya antes se observa, la diversa locución que el Código emplea para determinar la cualidad de las personas que pueden promover cada uno de los tres estados á que la ausencia da lugar, según que se trate de la adopción de las medidas provisionales en el caso de la ausencia presunta, de quiénes puedan pedir la *declaración de ausencia*, y, por último, de quiénes puedan hacerlo de la de *presunción de muerte*. Para lo primero dice el Código *parte legítima*; para lo segundo enumera *taxativamente* las personas que pueden solicitar tal declaración, y para lo tercero dice *parte interesada*.

Explicado anteriormente el valor de las dos primeras locuciones, y debiendo reputarse distinto el sentido, cuando es diferente la dicción legal, por *parte interesada*, á este efecto, deberá entenderse cualquiera persona que *jurídicamente* tenga un interés subordinado á la declaración de presunción de muerte del ausente, tales como el cónyuge, los herederos testamentarios, abintestato, contratantes con el ausente, acreedores suyos, mandatarios, etc., si bien respecto de los acreedores no deberá considerarse que basta simplemente la condición de tales, sino en cuanto la declaración de presunción de muerte pueda afectar á su interés, en orden á sus créditos.

La frase *parte interesada* que emplea el art. 191, dará lugar á que cuando llegue el supuesto de la sucesión del Estado, según el art. 956, deba pedir la declaración de presunción de muerte el Ministerio fiscal, en representación del mismo, que es al que *jurídicamente* se refiere la sucesión hereditaria, por más que *económicamente* su aplicación se haga por distribución entre los establecimientos de instrucción y beneficencia.

Como la declaración de presunción de muerte del ausente no puede ser legalmente solicitada, ni hecha, sino cuando han transcurrido los *treinta años* desde que desapareció ó se recibieron sus últimas noticias, ó *noventa* desde la fecha de su nacimiento, claro es que, aunque el Código expresamente no lo diga, resulta implícita la necesidad de que pro-



ceda la justificación de tal circunstancia, ó sea una prueba suficiente, según la estimación judicial, en orden á la continuación de la ausencia, si antes fué objeto de tal declaración, ó á la de estos hechos que dan lugar á la presunción de muerte, si por primera vez se acudiera para este fin á los Tribunales.

Nada dice el Código en cuanto al *procedimiento* que deba seguirse para la práctica de esta justificación y declaración judicial, vacío que habrá de llenarse aplicando, con *criterio prudencial*, alguna que otra regla de las del tít. 12.º de la ley de Enjuiciamiento civil, por ejemplo, las del art. 2.033, respecto de la práctica de la información é intervención en ella del Ministerio fiscal, porque no es contradictorio al tenor del Código, pero no las de los arts. 2.034 y 2.035, que establecen ciertas formalidades de publicidad, en aquél no prevenidas, puesto que además la ley de Enjuiciamiento no tiene concretamente, respecto de la presunción de muerte, más que el art. 2.047, que no consigna otra cosa que el supuesto de dicha presunción y un precepto análogo al del art. 193 del Código, limitado á declarar que en este caso se abrirá la sucesión de los bienes del ausente; procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria ó abintestato. También las necesidades del procedimiento en esta hipótesis podrán satisfacerse por las disposiciones generales de la jurisdicción voluntaria (1), en cuanto sean aplicables á la materia. La única regla de enjuiciamiento que de modo preciso consigna el art. 192 del Código es la de la *publicación* en los periódicos oficiales de la *sentencia* (2) en que se declarase la presunción de muerte del ausente.

En cuanto á la declaración judicial misma de presunción de muerte, es de observar que, á diferencia de lo que el Código dice cuando se trata de la declaración de ausencia (3), que concede mayor arbitrio al Juez, según revela su texto, al expresar, «que *podrá* declararse la ausencia», en el caso de la declaración de presunción de muerte, emplea una locución imperativa, «*declarará*», que significa, sin duda alguna, menor latitud, siempre, por supuesto, que resulten justificados los extremos de hecho en que se funda.

Por último, el estado civil de *presunción de muerte* no se causa por su sola declaración, sino después de cumplida la racional prescripción de la publicidad de la sentencia que la declara, mediante su inserción en los periódicos oficiales y transcurso de *seis meses*; plazo igual al que el art. 186 establece con el mismo criterio para que cause efecto la declaración judicial de ausencia, y que por la mayor trascendencia de la de-

(1) Tít. 1.º, primera parte, lib. III, ley de Enj. civ.

(2) Es impropia esta palabra usada por el Código, si se ha de entender en el rigor literal del tecnicismo legal con que la emplea el art. 369 de la ley de Enj. civ., que exigiría previa contención de partes. Entendemos que significa *decisión ó declaración judicial* de presunción de muerte, de un valor procesal análogo al que tienen en la práctica los llamados *autos que causan estado*.

(3) Art. 184.

presunción de muerte, quizá hubiera sido conveniente hacerla objeto de un tiempo mayor.

Atendida la generalidad de los términos del art. 193 del Código y su distinta redacción, comparada con la del 323 del proyecto de 1851, es indudable que la fecha de la muerte presunta, á partir de la cual se han de determinar sus efectos, es la misma en que sea *firme* (1) la sentencia que declara dicha presunción de muerte, debiendo entenderse que es *firme* cuando han transcurrido seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales, pero no, como éste decía, al tiempo de la desaparición ó de las últimas noticias, á cuyos herederos presuntivos en dichas épocas, según el mismo, debían entregarse los bienes.

El sistema del proyecto de 1851 parece conformarse más con el resultado de la prueba posible, en cuanto al hecho de la muerte presunta; pero el del Código nos parece más seguro y aceptable, toda vez que este estado civil tiene su *causa* en la declaración judicial, y la fecha en que ésta sea *firme* es la que debe regir.

Es de la mayor importancia precisar esta doctrina, porque los efectos sucesorios de la declaración de *presunción de muerte* han de subordinarse, en cuanto á las personas de los herederos y en cuanto á los mismos bienes hereditarios, á dicha fecha en que la sentencia se reputa *firme*, pudiendo muy bien ocurrir que los que hubieran sido herederos, según el sistema del proyecto ó en la fecha en que se dictó la sentencia declaratoria de la muerte presunta, no lo sean, por no existir ya cuando aquella cualidad de *firme* se obtenga por la sentencia, ó sean transcurridos los seis meses de su publicación; á este momento deberá atenderse para determinar los efectos sucesorios que la muerte presunta deba producir.

Á *dos grupos* pueden referirse los *efectos jurídicos* que la muerte presunta origine, á partir de la época en que es *firme* su declaración judicial: 1.º, los que produce mientras subsiste esta presunción; 2.º, los resultados *rescisorios* que en los mismos ocasiona la presentación del ausente, cuya presunción de muerte se declaró, ó la prueba de su existencia, aunque no se presentare.

En el *primer grupo* cabe todavía distinguir entre los efectos expresos en el Código y aquellos otros que no han sido objeto de prescripción especial en el mismo.

Son *efectos expresos* únicamente en el Código, los de carácter hereditario á que se contrae el art. 193, que previene se abra la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria ó abintestato, según los casos.

Los resultados y aplicación de este artículo dan lugar á las siguientes observaciones:

1.ª En caso de presunción de muerte del ausente, la partición ha de

(1) Esta calificación ha de entenderse, no en el sentido procesal técnico ordinario de no ser susceptible de ningún recurso, fuera del de revisión en los casos en que proceda, sino en el especial de necesitar el transcurso de *seis meses*, contados desde su publicación en los periódicos oficiales para que pueda ejecutarse.



ser siempre *judicial*, lo cual lleva implícita la garantía del inventario, que judicialmente debe formarse, y la condición de *autenticidad* y de *solemnidad* en todas las operaciones de la partición, si bien falta la especial de fianza respecto de los bienes muebles que perciban los herederos, puesto que, en cuanto á los inmuebles, de sus títulos resultará la especie de la sucesión de que proceden; y, por consiguiente, en combinación el art. 194, que produce su rescisión por la presentación del ausente ó noticias de su existencia, con el núm. 1.º del 37 de la ley Hipotecaria (1), las inscripciones que de esos títulos se hagan en el Registro serán suficiente garantía enfrente de los derechos de los terceros poseedores.

2.ª Que la sucesión tiene también, en este caso de muerte presunta, un marcado carácter *provisional*, como la base de que se deriva.

Puede caber duda acerca del carácter *judicial* de la testamentaría en el caso de que el testador ausente, y cuya presunción de muerte se ha declarado, habiéndose hecho firme tal declaración por el transcurso de seis meses desde su inserción en los periódicos oficiales, hubiese prohibido expresamente en su testamento toda intervención judicial, según puede hacerlo con arreglo á los arts. 1.039 y 1.044 de la ley de Enjuiciamiento civil, y siempre que haya cumplido con lo prevenido en el 1.045 de la misma, de nombrar una ó más personas, facultándolas para que, con el carácter de albaceas, contadores ó cualquier otro, practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaría, aparte, también, del derecho que á los interesados reconocen los arts. 1.047 y 1.048 de dicha ley, de separarse del seguimiento del juicio voluntario de testamentaría en cualquier estado del mismo, ó de desistir de la prosecución del necesario después de haber practicado judicialmente el inventario y depósito de los bienes, conforme á lo prevenido en el art. 1.095 de igual ley de Enjuiciamiento civil.

En tales supuestos, ¿tendrá más fuerza la voluntad del testador, prohibitiva de toda intervención judicial en su testamentaría, amparada por esos artículos de la ley de Enjuiciamiento civil, ó el art. 193 del Código, dados sus términos generales y sin distinción ni salvedad alguna? Ó lo que es lo mismo, ¿deben reputarse derogados aquéllos para este caso de ausencia, ó son, por el contrario, compatibles? Entendemos que la solución intermedia, á que se refiere el art. 1.048 de la ley de Enjuiciamiento civil, será la procedente en tales casos: esto es, incoar el juicio de testamentaría, según lo previene el art. 193 del Código; pero una vez practicado judicialmente el inventario y depositados los bienes, conforme á las reglas del art. 1.095 de aquélla, podrán hacerse *extrajudicialmente* las demás operaciones de la testamentaría, criterio que hace prudente la circunstancia excepcional de la ausencia sobrevenida des-

(1) Según el cual se exceptúan de la regla del 36, en cuanto establece que «las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta ley», las que deban su origen á causas que consten explícitamente en el Registro.

pués, la cual no hay razón para afirmar que la tuvo presente el testador al prohibir la intervención judicial en su sucesión, y garantizando así también ulteriores derechos y conveniencias, como son los á que se refiere el art. 194 del Código, para los casos de que el ausente, cuya presunción de muerte se declaró é hizo firme, procediéndose á la sucesión de sus bienes, se presente, ó sin presentarse, se pruebe su existencia, y pueda hacer efectivo el derecho de recobrar sus bienes en el estado que tengan, y el precio de los enajenados ó adquiridos con él.

Pueden considerarse como *efectos tácitos* de la declaración de presunción de muerte:

1.º La indudable disolución de la sociedad legal de gananciales, no sólo porque constituye la sucesión hereditaria á que da lugar la muerte presunta del ausente un estado de Derecho incompatible con la subsistencia de aquella sociedad, sino porque, aun no siendo precepto expreso del Código, resulta, por analogía, ser éste su criterio, toda vez que, según el último párrafo del art. 1.417, concluye también la sociedad en los casos enumerados en el art. 1.433, y uno de ellos es el de haber sido el cónyuge declarado ausente, que otorga, como decimos antes, derecho al cónyuge presente para pedir y obtener la separación de bienes.

No sucede lo propio, en nuestra opinión, con la disolución del matrimonio, para lo cual no es causa bastante la declaración de presunción de muerte de uno de los cónyuges. Ciertamente que particular tan importante no ha sido objeto de precepto alguno especial en el articulado del Código, llevando éste su omisión hasta el punto de dejar sin desarrollo en el mismo la parte final de la *Base sexta* de la ley de 11 de Mayo de 1888; pero como al fin se trata de una ley y el precepto es terminante, puesto que dice «sin que la presunción de muerte llegue en ningún caso á autorizar al cónyuge presente para pasar á segundas nupcias», y el criterio del Código es también conocido, según revela su art. 52, al declarar que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, cosa que no es lo mismo que la simple presunción, no nos parece fundada la menor duda acerca de la evidencia de una doctrina negativa.

Escritores hay, sin embargo (1), que sustentan opinión contraria, fundándose en que el «art. 90 de la ley de Matrimonio civil declaraba virtualmente causa de disolución del matrimonio, por presunción de muerte, la ausencia prolongada de uno de los cónyuges con ignorancia de su paradero, cuando durase hasta que contara *cien años* de edad el ausente», teniendo cierta confirmación esta doctrina en alguna decisión del Supremo (2); creyendo, además, que de la inteligencia negativa que nosotros sostenemos surge una especie de antinomia legal, porque, según se expresa, «de seguir ambos preceptos legales, habríase podido dar el caso singularísimo de un cónyuge que, teniendo ausente á su consorte y probando que este consorte había cumplido cien años, no pudiese repetir

(1) Falcón, *Código civil español*, t. I, págs. 209 y 210.

(2) La de 13 de Diciembre de 1864.