

ESTUDIOS

Una aproximación a la hermenéutica de las normas reguladoras de la ausencia en el Código civil cubano

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO

*Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial
Facultad de Derecho
Universidad de La Habana*

SUMARIO: 1. Desaparecidos y ausentes. Distinción omitida por el legislador.—2. La declaración judicial de ausencia. Naturaleza. Presupuestos legales: 2.1 Desaparición de la persona de su domicilio. 2.2 Falta de indicios de su paradero. 2.3 Plazo de tiempo superior a un año. Cómputo del plazo.—3. Representación legal del ausente: 3.1 Órdenes de prelación legal para el nombramiento de representante legítimo del ausente. 3.2 Los representantes dativos. 3.3 Contenido de las facultades de representación.—4. Legitimados para interesar la declaración judicial de ausencia.—5. La declaración judicial de ausencia. Cauce procesal. Reglas de competencia material y territorial. Efectos sustantivos, con especial referencia en el orden familiar y sucesorio.—6. Consecuencias jurídicas de la prueba de la existencia del declarado ausente o de su retorno: 6.1 El retorno del declarado judicialmente ausente. 6.2 La prueba de su existencia.—7. Los efectos restitutorios a favor del declarado ausente que retorna o del cual se prueba su existencia, tras la declaración de nulidad de la resolución judicial. Las excepciones previstas ex lege: 7.1 La acción recuperatoria de los bienes. La actualidad de dicha recuperación. 7.2 El precio de los enajenados o los adquiridos con él (ex subrogación real). 7.3 Destino de los frutos.—8. Bibliografía.

I. DESAPARECIDOS Y AUSENTES. DISTINCIÓN OMITIDA POR EL LEGISLADOR

Define el Diccionario *Larousse* la acción de desaparecer como dejar de verse, retirarse de un lugar, no encontrarse.

Sin embargo, a diferencia de otros códigos civiles no distingue nuestro legislador entre la figura del desaparecido¹ y la del ausente, siendo precisamente la desaparición de una persona de su domicilio, un presupuesto para interesar la declaración judicial de ausencia como analizaré *a posteriori*.

En efecto, como acertadamente la define Espinoza Espinoza, «La desaparición es una situación de hecho que se configura con la no presencia del sujeto en su domicilio, cuya consecuencia jurídica es la administración de su patrimonio por un representante»². Empero, el legislador cubano no hace alusión a las consecuencias que en Derecho puede conllevar esta situación fáctica, que conduce a la necesidad de tomar medidas provisionales sobre la administración de los bienes del desaparecido. Precisamente la desaparición prolongada por el plazo de tiempo fijado *ex lege*, conduce a un segundo estadio, o sea, al de declaración judicial de ausencia. Es lamentable que el legislador no haya tenido en cuenta la necesidad de precautelar el patrimonio de dicha persona, aun cuando no proceda la declaración de ausencia. Precisamente la situación de desaparición parte de dos requerimientos: La no presencia física de la persona en el lugar donde tiene su domicilio, o sea, aquel en el que se reside con habitualidad, el lugar de localización jurídica y, por tanto, de cumplimiento de los deberes y de efectividad de los derechos, que conforme con nuestro Código civil en su artículo 28.3: «es el que como tal consta en el registro oficial correspondiente», y además que se desconozca cuál es su destino o paradero, porque no se tenga información de tal particular. Dicha desaparición es catalogada por algunos autores el antecedente o antesala de la declaración judicial de ausencia³, y tan solo origina la necesidad de nombrar un curador interino de los bienes, esto es, una persona que se encargue de su protección y cuidado.

Este primer estadio es llamado también ausencia presunta en algunos códigos civiles, v. gr. en el Código Napoleón, artículos 112 y siguientes, según las reformas introducidas por la Ley núm. 77-1447 de 28 de diciembre de 1977, artículo 1 (publicada en el Diario Oficial de 29 de diciembre de 1977 en vigor desde el 31 de marzo de 1978), en el Código civil de Venezuela, según los artículos 418 y siguientes, y en el Código civil de Uruguay, artículos 50 y siguientes, pues es una etapa en la cual todavía no existe un pronunciamiento judicial que constituya la ausencia. Es una etapa en la que prevalece una presunción de vida del desaparecido y como tal quien reclame un derecho para dicha persona, no tiene que probar que vive. Por ese motivo se impone, más que un representante, un curador de los bienes, que no de la persona de quien se ignora su paradero. Para el Derecho español se trata de un defensor, que para desempeñar el cargo, requiere de la autorización previa del órgano judicial correspondiente, con la consiguiente rendición de cuentas de su gestión, de modo que se ha llegado a decir que se trata de «...un oficio de Derecho privado, de naturaleza familiar, como la tutela, de la que se distingue por su menor ámbito y organicidad»⁴.

¹ No me refiero a la figura reconocida en el *Code* Napoleón de la desaparición, la cual según Larroumet, Christian, *Derecho Civil, Introducción al estudio del derecho privado*, 1.ª edición en español, Legis, Bogotá, 2006, p. 229, constituye un instituto jurídico “por razón de que quien está ausente formó parte de circunstancias tales que permiten presumir su muerte (por ejemplo accidente de avión, naufragio, temblor de tierra, etc.)”, lo cual facilita el que pueda interesarse judicialmente su deceso. En fin, se trata de la declaración judicial de presunción de muerte reconocida en nuestro Código civil en su artículo 35.

² ESPINOZA, ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, 5.ª edición, Editorial Rhodas, Lima, 2006, p. 668.

³ Así, FERNÁNDEZ SESSAREGO *cit. pos* ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho...*, *cit.*, p. 670.

⁴ Con ese tenor, LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, volumen 2.º *Personas*, 3.ª edición, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Dykinson, Madrid, 2002, p. 224. En

En otros ordenamientos jurídicos, con mejor técnica, se le denomina *curador interino* (vid. arts. 47 y 48 del Código civil peruano), *curador provisorio* (vid. artículo 89 del Código civil de Portugal), *curatore dello scomparso*, según el *Codice*, con amplias facultades para «*che rappresenti, la persona in giudizio o nella formazione degli inventari e dei conti e nelle liquidazioni o divisioni in cui sia interessata, e può dare gli altri provvedimenti necessari alla conservazione del patrimonio dello scomparso*» (vid. art. 48), o simplemente *curador*, a tenor de los artículos 22 y siguientes del Código civil brasileiro y 31 del Código civil boliviano. Por su parte el artículo 48, primer párrafo, del Código civil de Nicaragua le nombra *guardador provisional*, conforme con los artículos 48 y siguientes de dicho cuerpo legal. Se trata, en todo caso, de una persona, nombrada judicialmente, solo en defecto de que el desaparecido no hubiera nombrado representante con amplias facultades para administrar su patrimonio, pues de existir éste habría que atenerse al ejercicio de tales facultades y, sólo en su defecto o para complementar su actuación, se nombra a este sujeto con funciones de guarda y cuidado del patrimonio del desaparecido, de modo que no quede a la deriva ese patrimonio en estado productivo. De ahí el carácter subsidiario de la figura. Se trata de evitar a toda costa la desatención del patrimonio del desaparecido y de su gestión operativa por parte de su titular, extremos que no resultarían si hay representante voluntario nombrado.

La falta de previsión de este primer estadio, conlleva a que durante el primer año, contado desde que se tuvieron las últimas noticias del desaparecido, la gestión de su patrimonio no proceda, pues sólo cabe sea declarado ausente, pero únicamente cuando se den al unísono todos los requerimientos legales. No se prevé una situación de hecho, que implica la acefalía provisional del patrimonio, el incumplimiento de débitos, la inexistencia de créditos, pudiendo quedar a la deriva ese patrimonio.

2. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE AUSENCIA. NATURALEZA. PRESUPUESTOS LEGALES

Al decir de Díez-Picazo y Gullón, la ausencia «en sentido material es falta de presencia. Está ausente quien en un momento determinado no se encuentra en el lugar donde ha de estar. Pero jurídicamente se requiere algo más: La incertidumbre sobre su existencia, originaria por el tiempo transcurrido»⁵.

Mientras que en sentido jurídico estamos frente a una situación jurídica de especial relieve. Para Espinoza Espinoza «es una situación de derecho en la cual hay un pronunciamiento judicial respecto de la persona que no es habida y que tiene como consecuencia la posesión temporal de sus bienes a quienes serían sus herederos forzosos»⁶.

En realidad se trata de una situación jurídica que viene dada por el desconocimiento e incertidumbre sobre el lugar donde se encuentra una persona, en tanto no

efecto, el defensor tiene un carácter particular o especial, pues solo opera para representar al desaparecido en juicio o en los negocios que no admiten dilación, sin grave perjuicio.

⁵ Vid. Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, tomo I - *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8.ª edición Tecnos, 1993, p. 290.

⁶ Espinoza, Espinoza, J., *Derecho de las...*, cit., p. 672.

es localizable en su domicilio. Hay ignorancia de su paradero, con la consecuente incertidumbre que ello provoca para las titularidades que ostenta en el lugar donde está el centro de su vida. Su misión es la protección y defensa del patrimonio del ausente. Se trata de una declaración judicial constitutiva, pues previo a la declaración judicial de ausencia, sólo existe una situación fáctica: la de desaparición. No distingue el legislador cubano entre la situación de ausencia legal y la ausencia legal declarada⁷.

Como expresan Díez-Picazo y Gullón, «El expediente judicial tiende a que el Juez adquiera el convencimiento de la procedencia o improcedencia de la declaración»⁸, a partir de los elementos probatorios que se aporten.

Naturaleza

Varias tesis se han disputado para explicar qué supone en Derecho la declaración judicial de ausencia.

Algunos autores sin sustentar verdaderamente su tesis hablan de un estado de ausencia, ello en relación directa con el argumento de que la ausencia es una circunstancia limitativa de la capacidad de obrar, si se entiende el primero como un modo de ser o estar del individuo con respecto a la sociedad o cualidad personal que viene determinada por la realidad social o natural determinante de la capacidad de obrar de la persona, particular que no opera en situación de ausencia, pues el ausente en cualquier lugar en que se encuentre puede actuar por sí mismo e incluso disponer del patrimonio sito en el lugar donde primigeniamente tenía su domicilio, centro de sus negocios. La ausencia declarada judicialmente no limita en lo absoluto su capacidad de obrar, en todo caso, sí tiene cierta incidencia en la capacidad de obrar, en tanto ese patrimonio que ha sido dejado «abandonado» por el ausente, se somete a un régimen de administración, bajo la figura de un representante, que pudiera incluso, previa autorización judicial, disponer de bienes del ausente y de igual manera se declaran extinguidos por disposición legal los poderes otorgados y se le suspende del ejercicio de la patria potestad [vid. arts. 409, inciso a), del Código civil y 94 del Código de Familia, respectivamente]. Empero, ello en nada afecta al estado civil de la persona, que seguirá siendo el mismo en uno u otro lugar. En todo caso, la ausencia supone una circunstancia que de manera refleja, influye en la capacidad de obrar del ausente quien tendrá que asumir como propios los actos realizados por su representante y no puede recuperar los bienes hasta tanto no se anule el auto que le declaró ausente⁹,

⁷ En realidad la primera opera por el mero transcurso de los plazos legales, en tanto la segunda exige una previa intervención judicial.

⁸ Díez-Picazo, L. y A. Gullón, *Sistema...*, cit., p. 295.

⁹ Vid. en este sentido la posición de DE CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 528-529. Con similar criterio, ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I – Introducción y Parte General*, vol. 1.º *Introducción y Derecho de la persona*, 12.ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 347. Para GARCÍA AMIGO, Manuel, *Instituciones de Derecho Civil I. Parte General*, EDESA, Madrid, 1979, p. 347, la ausencia produce en el ausente una determinada incapacidad fáctica de obrar, para actuar sus relaciones jurídicas; situación a la que responde el ordenamiento jurídico nombrando un defensor de sus intereses o un representante, e incluso en el momento final se le afecta su capacidad jurídica. Por el contrario, para Díez-Picazo, L. y A. Gullón, *Sistema...* I, cit., p. 290, la declaración de ausencia no modifica la capacidad de obrar, sino crea un régimen especial de administración de los bienes del ausente. El ausente tiene capacidad de obrar plena, tanto sobre los bienes que adquiera donde se encuentre, como sobre los que dejó. Criterio compatible, si bien, habría que matizar esa plenitud, de cara a la administración que opera por el representante, y la posibilidad que pudiera tener éste, de haber dispuesto a título de enajenación, previa autorización judicial, de bienes que forman parte del patrimonio del ausente.

lo cual no significa que él no pueda operar sobre los bienes de los cuales es titular, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren.

Ahora bien para que pueda proceder la declaración judicial de ausencia se exigen varios presupuestos legales, a saber:

2.1 DESAPARICIÓN DE LA PERSONA DE SU DOMICILIO

El primero de los presupuestos que exige el legislador del Código civil es la desaparición de la persona física de su domicilio, esto es, la ruptura entre el medio en que se desenvuelve la persona y la persona en sí. Se trata de un hecho jurídico que viene dado por la no presencia de una persona en el lugar donde desarrolla sus normales actividades de la vida. No exige el legislador que se haya buscado a dicha persona, pero ello se presupone, la desaparición ha de ser notoria, o sea, de público conocimiento, de modo que pueda ser comprobable la no presencia del sujeto en el indicado lugar. Ahora bien, el legislador exige que tal desaparición sea de su domicilio, con el sentido en que ya se ha indicado, a pesar de que para interesar tal declaración, no es dable una interpretación exegética del precepto, pues cabría indicar que el sujeto, conforme con lo regulado en el citado artículo 28.3, hubiera desaparecido del lugar en el que tenía su residencia y no de su domicilio, dado que es común en nuestro país que las personas no residan en el lugar en que oficialmente tienen constituido su domicilio. No se olvide que el término evocado por el legislador es «desaparición», mientras que quien decide fijar residencia en lugar distinto a su domicilio, no desaparece. Este término va a la par del desconocimiento, ignorancia por parte de terceros sobre el lugar en que se encuentra.

2.2 FALTA DE INDICIOS DE SU PARADERO

El segundo de los presupuestos del orden material es la carencia o falta de, al menos, meros indicios del lugar en que la persona tiene su asiento o paradero, de tal modo que se desconozca el lugar en que se encuentra, por supuesto desde aquel en que tenía fijado su domicilio o residencia.

Esta situación de incertidumbre hace que se dude sobre la vida o la muerte de la persona incurso en esta situación, sin embargo, a mi juicio, en este estadio es preferible presumir que el sujeto está vivo, antes que muerto y ésta parece ser la posición asumida por el legislador cubano que en tales circunstancias dispone el nombramiento de un representante, lo cual no puede interpretarse con carácter absoluto como se explicará *a posteriori*¹⁰.

Caracterizada según De Castro¹¹ por ser una situación:

1) De carácter judicial, en tanto que la declaración de ausencia, requiere un previo auto judicial que la declara, y termina con el auto declarando la presunción

¹⁰ Vid. *infra* 5 *in fine*.

¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil...*, cit., pp. 511-512.

judicial de muerte, o por la resolución judicial dejando sin efecto la declaración de ausencia en los supuestos a que se contrae el artículo 37 del Código civil.

2) Independiente, pues no es un estadio previo de la declaración judicial de fallecimiento (*vid.* art. 34.1 *in fine* del Código civil).

3) Su carácter es indefinido, ya que la declaración judicial de presunción de muerte, tan solo puede ser promovida por parte interesada o por el fiscal, pero, sólo si así lo consideran oportuno, si bien es muy probable que si alguien interesa la declaración de ausencia, transcurridos los plazos de ley, sea promovida ante el tribunal la pretensión de declaración judicial de presunción de muerte¹². En buena medida la declaración de ausencia tiende a solventar una situación transitoria, pero la ley no establece un límite temporal de existencia.

2.3 PLAZO DE TIEMPO SUPERIOR A UN AÑO

El tiempo, al igual que en la presunción judicial de muerte, es un presupuesto para el éxito en la declaración judicial de ausencia. En realidad el transcurso del tiempo sustenta el acierto judicial al declarar la ausencia. No es suficiente la falta de noticias, el ignorado paradero, el desconocimiento del lugar en que se encuentra la persona, de la cual se interesa judicialmente su declaración de ausencia, sino que tales extremos perduren en el tiempo. No se trata, eso sí, de un plazo perentorio para el ejercicio de los derechos. Trascurrido ese *lapsus* temporal, compete el ejercicio de los derechos a quienes tienen legitimación para ello, el plazo de un año marca el *die a quo* para su ejercicio.

Adpero, el legislador no distingue entre los supuestos en los que la persona desaparecida había otorgado poder general para la administración de su patrimonio, pues tratándose la ausencia de un instituto que tiene por fin la protección de los bienes de un sujeto de derecho, es lógico que el plazo se prolongue cuando el desaparecido dispone de una persona, elegida por él, para que vele por sus intereses patrimoniales. Téngase en cuenta que durante el primer año no prevé el legislador la figura del defensor, tal y como se ha dicho, y una vez transcurrido éste, cabe la posibilidad de interesar la declaración de ausencia. Eso sí, una vez esta declarada si el desaparecido había previsto un apoderado, el poder se extingue conforme con lo regulado en el artículo 409, inciso c), por expresa remisión de los artículos 64 y 414.2, todos del Código civil. En esto importa mucho el abandono por parte del legislador de la distinción entre situación legal de ausencia y ausencia legal declarada.

Cómputo del plazo

En relación con el cómputo del plazo importa el *die a quo*, o sea, el momento a partir del cual se determina el período de tiempo transcurrido. En España la doctrina

¹² Es más, en la realidad cubana pocas veces los jueces conocen procesos de esta naturaleza, ya que al abreviarse considerablemente los plazos de tiempo para interesar la declaración judicial de presunción de muerte, es más fácil y práctico interesar directamente ésta, que la de ausencia. Se acudiría a esta última cuando resulte necesaria la administración de los bienes del ausente con suma urgencia.

que ha estudiado el tema se debate si éste se computa a partir de que el desaparecido dió sus últimas señales, es decir, a partir del momento en que emitió las últimas noticias sobre su existencia, en tanto hay quienes defienden la idea de tomar como momento inicial del cómputo a aquél en que se tuvieron por los destinatarios las últimas noticias, planteándose de igual manera si lo que importa es que dichas noticias la hubiera dado el propio desaparecido o un tercero. Lo significativo, sin duda, es precisar el último momento en que, cualquiera que sea la fuente de procedencia, existía certeza de la existencia del ausente¹³. Otra vez resulta omisivo nuestro legislador, pues ni tan siquiera se plantea esta situación, dejándola, como tantas veces, a criterio del juzgador.

No me cabe dudas que habrá que remontarse más que al momento en que efectivamente aconteció la desaparición, a aquel en que se tuvieron las últimas noticias, pues si después de desaparecido, se tienen noticias de su existencia, el plazo a transcurrir, tendrá que necesariamente comenzar a discurrir de nuevo, dejándose de tener como *die a quo* aquél en que hasta ese momento se tenía aparentemente como último.

3. REPRESENTACIÓN LEGAL DEL AUSENTE

He dicho y reitero que la declaración judicial de ausencia tiene como cometido la protección del patrimonio del ausente y con ello los posibles derechos que en él pudieran tener quienes, previa declaración judicial de muerte, pudieran resultar llamados a la sucesión, si a la postre el ausente no retorna dentro de los plazos que el Código civil establece para interesar esta última declaración (*vid.* arts. 34 y 35).

Declarada judicialmente la ausencia, procede entonces el nombramiento de un representante para que administre los bienes del ausente, y quien dice bienes, para que ejercite sus derechos y acciones y actualice y conserve en sentido general el patrimonio del ausente.

El legislador se conforma con regular la figura del representante, pero en nada se pronuncia sobre el contenido de las facultades de representación de la que es investido. Tratándose de un supuesto de representación legal, resultan de aplicación las normas contenidas en los preceptos 56 al 66 del Código civil, en lo que sean pertinentes. No puede olvidarse que el nombramiento de representante, sólo procede en los casos en que el declarado ausente carecía de representantes legales, si se tratare de un menor o de un incapacitado judicialmente declarado, la representación correspondería a quien le representaba por ley antes de su desaparición (ya sean los padres o el tutor, según los arts. 85.5 y 151, respectivamente del Código de Familia).

El tema de la naturaleza del representante es verdaderamente polémico. Algunos autores se preguntan si estamos, con certeza, frente a un supuesto de representación, en el entendido de que el representante se limita a gestionar el patrimonio, pero no a representar a la persona ausente¹⁴. Otros, en cambio, consideran que verdaderamente existe un supuesto de representación legal emparentado con la tutela, aun cuando en

¹³ *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 515 y la variada doctrina que en él cita.

¹⁴ Con este parecer, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil...*, cit., pp. 517-520.

él se ofrece la particularidad de representar a una persona, de cuya existencia se duda¹⁵. También se ha aducido que estamos en presencia de un «oficio de Derecho Privado donde predomina el carácter de *officium* sobre el de *beneficium*, por estar entendido en provecho de persona(s) distinta(s) del titular del cargo. Desempeña un cargo bastante semejante al de un tutor *ad bona*, siquiera con específicas incumbencias en cuanto a la pesquisa y protección de la persona, y actuando, desde luego, también en interés del posible futuro titular del patrimonio»¹⁶.

En el entorno jurídico cubano la figura se vislumbra como un supuesto especial de representación, que atañe primordialmente al patrimonio, pero también se extiende a la persona del ausente, de ahí la expresión del legislador: «*El declarado ausente es representado por...*», lo cual supondría el ejercicio no sólo de derechos patrimoniales, sino también de otros que tengan un carácter no personalísimo, siempre que ello redunde en beneficio del declarado ausente.

3.1 ÓRDENES DE PRELACIÓN LEGAL PARA EL NOMBRAMIENTO DE REPRESENTANTE LEGÍTIMO DEL AUSENTE

El apartado 2 del artículo 33 recoge un orden prelativo para el nombramiento de representante legítimo del ausente, sustentado en el matrimonio o en el parentesco consanguíneo, en el cual tiene preferencia el cónyuge y, en su defecto, un hijo mayor de edad, el padre, el abuelo y el hermano, ofreciendo la posibilidad de que, de existir varios parientes consanguíneos del mismo grado y no haya acuerdo entre ellos, entonces, el tribunal designará quién será el representante, por supuesto teniendo en cuenta circunstancias objetivas y subjetivas que propicien y fundamenten tal decisión. No ofrece tampoco el legislador un tratamiento preferencial a los representantes legítimos, frente a los dativos, así, a ninguno se les exige que preste fianza para el cumplimiento de su gestión.

El orden establecido está basado en el grado afectivo, dando preferencia al matrimonio, creador de una comunidad destinataria de afectos¹⁷. Es un orden que no sigue los llamados sucesorios reconocidos en los artículos del 514 al 521 del Código civil. Así, de los herederos *ab intestato* se excluyen a los bisabuelos y demás ascendientes (por pura lógica de la vida), a los nietos y demás descendientes¹⁸ y a los sobrinos, estos tres últimos con posibilidad de resultar representantes dativos, por supuesto, en ausencia de representantes legítimos en situación de asumir dicha representación, sin que la condición de nieto o descendiente de ulterior grado venga establecida con preferencia legal frente a la de los sobrinos. En sentido general, ningún

¹⁵ OGAYAR y AYLLÓN, Tomás, «Comentarios al artículo 184», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo IV, dirigidos por Manuel Albadalejo y Silvia Díaz Alabart, EDERSA, Madrid, 1985, pp. 45-48, así como la doctrina precedente que allí cita.

¹⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, *Elementos...*, I, vol. 2.º, cit., p. 231.

¹⁷ Esta preferencia también la establece el artículo 184.1 del Código civil español y el artículo 25 del Código civil brasileiro,

¹⁸ Situación que también se suscita en España, dado que el legislador omite a nietos y demás descendientes. Empero, en opinión de OGAYAR y AYLLÓN, T., «Comentarios al artículo...», cit., p. 52, tal silencio normativo no puede suponer que queden excluidos, entendiéndose contenidos en la expresión «hijos», de modo que debieran ser preferidos los nietos, por ejemplo, de ser mayores de edad, a los ascendientes, siguiendo además el dictado de los órdenes sucesorios, en que estos son preferidos.

orden prelatorio es vinculante para el tribunal, pues éste, si bien con carácter excepcional, puede apartarse de lo previsto en la ley y nombrar como representante a persona emparentada con el ausente en grados más distantes o incluso a personas no vinculadas con él parentalmente.

Es dable apreciar cómo otros ordenamientos jurídicos, v. gr. el español (*vid.* art. 184.2 del Código civil) en caso de pluralidad de parientes, como pudieran ser los hijos, da preferencia a aquel que haya convivido con el ausente, lo cual siguiendo los dictados de nuestra legislación inmobiliaria tiene gran virtualidad en Cuba. Y resulta lógico que así sea, particular que aunque no está previsto *ex lege*, pudiera ser de apreciación judicial a la hora de tomar una decisión.

3.2 REPRESENTANTES DATIVOS

También están reconocidos los representantes dativos, esto es, los que son designados por el órgano judicial, cuando por excepción, el tribunal así lo acuerde, dado que, o bien no existen representantes legítimos, existiendo éstos no residen en el país, o residiendo aún, no ofrecen las condiciones idóneas para resultar nombrados representantes. En este supuesto, el tribunal preferirá una tercera persona, que puede estar emparentada (sobrinos, nietos, tíos, tíos-abuelos) o no, con el ausente, pero no se le deja de proveer de representante.

No establece el legislador qué cualidades se predica del representante dativo, pero cualquier interpretación racional apunta a que sean las mismas que respecto del representante legítimo, es decir, persona de probidad moral, conducta social adecuada, rectitud en su actuar, de modo que no se convierta en un dilapidador del patrimonio del ausente. Se evita igualmente que se trate de persona con la que el declarado ausente tuviere constituido a su favor relaciones crediticias.

Contenido de las facultades de representación

Tampoco se regula el contenido de las facultades del representante, pero tratándose de un peculiar supuesto de representación legal, por analogía pudieran resultar de aplicación las normas reguladoras en el Código de Familia de la representación de padres y tutores, salvando claro está la distancia, en tanto el representante no tiene el cuidado directo de la persona del ausente, como sí los padres respecto de los hijos y el tutor en relación con el pupilo. Es de observar que el ordenamiento español le impone la pesquisa del ausente (*vid.* art. 184, párrafo primero), particular que lamenta, no aparezca regulado en el Código civil peruano, el profesor Espinoza Espinoza, quien alega: «Resulta realmente sorprendente que el Libro I, del Código civil peruano de 1984, el cual es muestra plena de la profunda visión humanista del Derecho, considerando a la persona como un valor en sí misma que, en materia de ausencia, sólo regule los aspectos patrimoniales del desaparecido, dejando de lado la protección que merece su persona en cuanto tal»¹⁹. Y tiene mucha razón, se impone, por el más mínimo sentido de tuición de la persona, que el representante procure la investigación

¹⁹ ESPINOZA, ESPINOZA, J., *Derecho de las...*, cit., p. 675.

o pesquisa de la persona ausente, su inclusión en un Código civil no se limitaría a ser «una norma lírica, ni un ritual inútil»²⁰, pues ello tendría incidencia a la hora de rendir cuentas de su gestión, si el representante sabedor de la existencia del ausente, pretendiera permanecer con la administración de los bienes de éste. Claro está, ello sería más probable en otros ordenamientos que reconocen la remuneración de la actuación del representante, particular que no prevé nuestro Código civil, en tanto del silencio del legislador y del sentido del Código en su integridad y de otras figuras análogas como la tutela (*vid.* art. 157 del Código de Familia), se presume la gratuidad de la representación del ausente. No obstante, gratuita o no la representación, este actuar sería calificado de mala fe, con las consecuencias que en Derecho ello provoca.

Es claro que al representante le compete la administración de los bienes del ausente. Nuestro ordenamiento procesal determina que cuando se haya declarado la ausencia, se procederá al nombramiento de representante para lo cual se seguirán los trámites de jurisdicción voluntaria, concretamente los artículos del 589 al 591 de la LPCALE, de modo que una vez dictado el auto que contiene la declaración judicial de ausencia y por supuesto el auto en que se nombre representante del ausente, según los dictados del artículo 33.2 del Código civil, norma posterior a la ley ritual, que prevé en vía judicial tanto la declaración judicial de ausencia, como el nombramiento de representante y que hace que nos preguntemos si ¿cabría el nombramiento de representante en el mismo auto en que se declara judicialmente la ausencia?, ante lo cual particularmente no veo obstáculo alguno, si bien en sede de tutela, hay dos procedimientos de jurisdicción voluntaria distintos, uno para la declaración judicial de incapacidad y otro para la constitución de la tutela, podría entonces procederse conforme con el artículo 530 (por expresa remisión del art. 591)²¹ a practicarse diligencias preventivas que tienen un fin asegurativo del patrimonio del ausente, con el sentido de garantizar, si este retorna, la devolución de los bienes que constituyen su patrimonio.²² De esos bienes debe responder el representante en su gestión. Para ello debería:

a) rendir cuentas con carácter periódico de su gestión, al estilo del tutor que en el artículo 158 del Código de Familia, se exige rinda cuentas por lo menos una vez al año, o cuantas veces lo requiera el tribunal;

²⁰ *Idem.*

²¹ Este precepto debe leerse con un sentido de aplicación a la ausencia *mutatis mutandi*, por el carácter especial que tiene la figura.

²² De todas maneras no se puede perder de vista que tras la aprobación de la Ley de las Notarías Estatales por virtud de su Disposición Especial Primera, le fue atribuida la competencia material a los notarios para conocer de la administración de bienes del ausente, complementado luego en el Reglamento Notarial en sus artículos 85, inciso h) y 116 que reconocen, con una parquedad inusitada, la figura del acta de administración de bienes del ausente, instrumento notarial que en estas más de dos décadas de aplicación de la norma, pocos notarios deben haber autorizado, si es que alguno lo ha hecho, ello motivado por varias razones: Primero, porque supuestos de declaración judicial de ausencia se tramitan muy poco en los tribunales, segundo, porque al desplazarse la administración de bienes del ausente de sede judicial a extrajudicial, debió regularse pormenorizadamente de qué manera sería tramitada esta acta, ya que el nombramiento del representante sigue siendo judicial. Si alguna vez se pensó que fuera en sede notarial, ello nunca habría sido posible pues, tanto el Código civil español que nos rigió hasta 1988 (*vid.* arts. 181 a 183), como el actual Código civil, prevén que el nombramiento de representante corresponde al tribunal. Luego entonces ¿cuál sería la función de un acta de administración de bienes del ausente si incluso para disponer a título de enajenación de tales bienes habría que interesar autorización judicial, siempre que se demuestre razones de utilidad o necesidad? Es lógico que en el propio auto, ya sea este el mismo de declaración judicial de ausencia, como uno *ad hoc* para el nombramiento de representante se disponga la administración de los bienes por el representante, una vez practicadas las diligencias preventivas, de naturaleza asegurativa o cautelar que también le compete al órgano judicial, ¿entonces cuándo se acudiría al notario para la autorización de la referida acta? Tampoco puede llamarnos a confusión la expresión aludida por el autor del Reglamento Notarial en el solitario artículo 116 de que: «*El escrito de solicitud de las actas de administración de bienes del ausente se presentará por cualquiera de las personas llamadas*

b) conservar y administrar diligentemente el patrimonio del ausente, intentando obtener rendimientos de dicho patrimonio, lo cual supone el cumplimiento en tiempo de las obligaciones pendientes, la exigencia de créditos constituidos a favor del ausente y el ejercicio de cuantas acciones civiles y derechos le competan, lo cual supone la conservación en sentido jurídico de éstos (según art. 153.4 del Código de Familia, *ex analogía legis*);

c) interesar autorización judicial para disponer de los bienes del ausente, por motivo de utilidad y/o necesidad (conforme con el art. 155.2 y 156 del Código de Familia, aplicables *ex analogía legis*). No obstante, aun cuando se haya autorizado judicialmente la disposición de bienes de menores, si en el acto resulta perjudicado el ausente por sufrir una lesión en más de la cuarta parte del valor de los bienes objeto del acto, éste podría ser rescindido por quien represente en ese momento al ausente, por el propio ausente, si ya deja de serlo porque retorna, o por el fiscal [ex arts. 8, inciso g), y 18, inciso d), de la Ley de la Fiscalía General de la República y 48 de la LPCALE] a instancia de cualquiera de las personas que pudieran tener interés legítimo en el patrimonio del ausente, acción rescisoria ejercitable ex artículo 76, inciso b), para lo cual se dispone del plazo general de prescripción reconocido en el artículo 114 del Código civil. Supuesto éste que pudiera conllevar, como en otros casos de representación²³, a la remoción del representante, al incumplir con los deberes de diligencia que le corresponde.

4. LEGITIMADOS PARA INTERESAR LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE AUSENCIA

Establece el apartado tercero del artículo 33 que la legitimación para interesar la declaración judicial de ausencia corresponde a parte interesada o al fiscal.

En sede de ausencia, *parte interesada*, ha de ser todo aquel que le concierne algún derecho sobre el patrimonio del ausente, que demuestre tener un interés digno de protección, extremo que por necesidad debe vincularse con la sucesión del ausente, si bien la declaración judicial de ausencia no pretende en lo absoluto la transmisión de bienes del ausente, y sí tan solo su administración. A mi juicio, por *parte interesada* debe incluirse en primer orden las personas que luego puedan ser nombradas representantes, reconocidas en el segundo apartado del propio artículo 33, pero no sólo ellas, sino cualquier otra que justifique cumplidamente ese derecho. No puede obviarse, tal y como he explicado que el tribunal, aún con carácter excepcional, puede nombrar como representante a otra persona no prevista en el catálogo consignado en

a la sucesión intestada...», pues su redacción es anterior a la de la vigencia del artículo 33 del Código civil (tómese en consideración que dicho artículo aunque está contenido en una norma de fecha 9 de junio de 1992, reproduce textualmente el artículo 126 del Reglamento Notarial de 28 de diciembre de 1985, cuerpo legal que incluye por primera vez la figura de la administración de bienes del ausente en sede notarial), y de lo que se ha expresado en los comentarios a este artículo, las personas que pueden ser representantes del ausente no coinciden ni en el orden subjetivo, ni en la prelación establecida, con las previstas en las normas reguladoras de la sucesión intestada. Sólo podría concurrir a la notaría el nombrado judicialmente representante del ausente, incluso con posterioridad a que se hubiesen practicado las diligencias preventivas. Una vez más, nos asalta la duda: ¿qué cometido cumpliría la autorización notarial de un acta de administración de bienes del ausente?

²³ Así, en la tutela según artículo 159 del Código de Familia.

dicho apartado legal. De ahí que, si el ausente no tiene cónyuge, ni parientes consanguíneos de los comprendidos en el artículo 33.2, pueda interesar su declaración de ausencia, un tercero, siempre que haya tenido algún vínculo con el ausente²⁴ que pueda probar la desaparición de su domicilio o residencia. De lo dicho se colige que no puede partirse de un concepto rígido para dar cauce a una solicitud de declaración judicial de ausencia, pero tampoco es admisible que cualquiera pueda instar al órgano judicial. Hay que ponderar atinadamente la expresión legal *parte interesada*.

La intervención fiscal se motiva legalmente ex artículos 8, inciso g), y 18, inciso d), de la Ley de la Fiscalía General de la República y 48 de la LPCALE, en tanto se trata de una persona, cuyo patrimonio necesita protección, y se requiere fijar oficialmente la duda sobre su propia existencia, para lo cual está investido el fiscal.

5. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE AUSENCIA. CAUCE PROCESAL. REGLAS DE COMPETENCIA MATERIAL Y TERRITORIAL. EFECTOS SUSTANTIVOS, CON ESPECIAL REFERENCIA EN EL ORDEN FAMILIAR Y SUCESORIO

Se sustancia la declaración judicial de ausencia por los trámites de la jurisdicción voluntaria, ante el juez del último domicilio del ausente o desaparecido según el artículo 11.7 de la LPCALE, salvo los casos de sumisión expresa o tácita, en tanto se pretende que el juez proceda a declarar la ausencia, previo convencimiento de que ésta exista (*vid.* art. 578 de la LPCALE), de ahí los informes del Ministerio del Interior que exige y de su valor en el pronunciamiento judicial²⁵. El auto judicial contiene la

²⁴ Llama la atención el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Asturias (sec. 7.ª, A 20-3-2002, núm 39/2002, rec. 239/2001. Pte: Casero Alonso, José Luis) (Ref. El Derecho 2002/26112), en el que se dispuso no haber lugar a la declaración legal de ausencia de los hijos del causante, dado que la promotora del expediente de jurisdicción voluntaria, hija de la segunda mujer del causante, de la que trae causa, carecía de legitimación para instarlo, al considerarse que el interés a que se refiere el Código civil español es sobre los bienes del desaparecido. Además se confirmó que no se daban los supuestos de ausencia legal, pues la promotora nunca había conocido a dichos herederos, por tanto no podía sostener la desaparición de éstos de su último domicilio, cuando nunca había tenido relación alguna con ellos. En efecto, se dispuso en el tercero de los fundamentos de Derecho que: «*presupuesto previo a la concurrencia del elemento temporal que regulan y recogen los ordinales 1.º y 2.º del artículo 183.1 del CC es que se halla producido la desaparición de la persona de su domicilio y última residencia, y, en el caso, la promotora del expediente no afirma, en absoluto, la concurrencia de tal supuesto ni, tampoco, lo prueba pues es extremo que totalmente ignora como todo lo ignora de esos hijos de D. Pablo y así, en el escrito rector, expone que 'desde el comienzo de las relaciones entre D. Pablo y D.ª Eloina, fue una incógnita para ésta y sus hermanos quienes eran los hijos del primero, no habiendo existido nunca contacto alguno entre unos y otros, prolongándose esta situación hasta la actualidad, en la que continúa sin tenerse noticias de los mismos y se desconoce su estado y paradero'.*».

«*Es decir, que D.ª Rita, la promotora del expediente, nunca llegó a conocer y contactar con los hijos del primer matrimonio de D. Pablo, no cupiendo por tanto y en lógica, que pueda sostener 'la desaparición' de éstos de su último domicilio cuando nunca conoció del mismo.*».

²⁵ Empero, a muy lamentar, no regula el ordenamiento procesal cubano, la posibilidad tan necesaria de que por vía de edictos o de publicación en los periódicos locales, se ofrezca publicidad a la tramitación y resultado del proceso, a los fines de que sea del conocimiento de cualquier tercero, que eventualmente pudiera dar noticias del paradero de la persona, respecto de la cual se interesa la declaración judicial de ausencia. El artículo 422 del Código civil venezolano emplea como garantía publicitaria, el que el emplazamiento del ausente se hará por medio de publicación en un periódico, repetida cada quince días durante el lapso de comparecencia, en tanto el artículo 424 dispone que la sentencia que cause ejecutoria se publicará también en un periódico. El artículo 59 del Código civil uruguayo establece que la solicitud de declaración judicial de ausencia se publicará en los periódicos de acuerdo

duda oficial sobre la vida de la persona²⁶ y despliega un conjunto de efectos, que van más allá del orden patrimonial, si bien el primero de ellos es la administración de los bienes del ausente (*vid.* arts. 589 al 591 de la LPCALE, disposición especial primera de la Ley de las Notarías Estatales y artículo 116 de su Reglamento).

También, tal y como ya se ha expuesto, compete a la sede judicial el nombramiento del representante, según el propio enunciado del apartado segundo del ya citado artículo 33 del Código civil, siendo más virtual que real la intervención del notario en la administración de bienes del ausente.²⁷

El auto que declara la ausencia, no está previsto se inscriba en el Registro del Estado Civil, precisamente ello refuerza la tesis de que no estamos ante una circunstancia limitativa de la capacidad de obrar, ni ante un estado civil, empero, por ser una circunstancia de hecho con influjo en la capacidad de obrar de la persona respecto de sus bienes sitos en el lugar en que tenía fijada su residencia o domicilio, sería saludable su anotación marginal en el asiento de inscripción de nacimiento del declarado ausente²⁸.

Entre los efectos sustantivos que provoca la declaración judicial de ausencia cabe citar, además de la extinción de los poderes otorgados por el declarado ausente, aquellos otorgados a su favor, según lo dispone el artículo 409, inciso c), del Código civil. En el campo familiar se suspende el ejercicio de la patria potestad respecto del padre declarado ausente, previa sentencia del Tribunal Provincial competente a tenor del artículo 6.3 de la LPCALE y 94 del Código de Familia, esta suspensión, como su nombre lo indica, tiene carácter temporal, pues de retornar el ausente se promoverá un nuevo proceso para recuperar el ejercicio de la patria potestad. En materia de matrimonio, la ausencia no es causa que lo extinga, aun cuando pudiera esgrimirse para justificar una pretensión de divorcio, siempre que el declarado ausente tenga representación en el proceso.

Ahora bien, lo más controvertido es dilucidar si durante el período de ausencia, el declarado ausente se tiene como existente, y en consecuencia se presume vivo y adquirente de derechos, pues de ser así, ha de reputársele llamado a la sucesión cuando después de declarado ausente se defiere una herencia a su favor. De ahí la importancia que tiene partir de una presunción de vida o muerte respecto del ausente. En el ordenamiento español se le presume vivo hasta tanto no sobrevenga la declaración judicial de fallecimiento, pero aquel que pretenda sustentar algún derecho proveniente del ausente, tendrá que probar que este existía en el momento en que se supone su adquisición²⁹. De ahí que alguno de los comentaristas del artículo 190 del

con lo formulado en la ley procesal, y el artículo 60 deja claro que: «La declaración de ausencia no podrá decretarse por el Juez hasta pasado un año desde la primera publicación, con arreglo al artículo anterior. Decretada que sea, el Juez mandará que se publique por los periódicos».

²⁶ Según DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 512.

²⁷ *Vid. supra* nota (22).

²⁸ En España en el mismo auto en que se declara la ausencia, se nombra un representante y ambos se inscriben en la Sección 4.ª del Registro Civil del lugar en que se haya declarado la ausencia según lo dispuesto por el artículo 89.II de la Ley del Registro Civil y se practica inscripción marginal en el asiento de nacimiento del ausente (*vid.* art. 46 de la propia Ley).

²⁹ Es la posición que también adopta el Código civil uruguayo que paradigmáticamente dispone en su artículo 51: «El ausente a los ojos de la ley ni está vivo ni está muerto».

A los que tienen interés en que esté vivo, toca probar la existencia, como el fallecimiento, a los que tienen interés en que haya muerto».

En tanto en su artículo 74 establece: «Cuando se reclame un derecho que recaiga en individuos cuya existencia no sea legalmente reconocida, conforme a lo establecido en el artículo 51, deberá probarse que ese individuo existía en la época en que el derecho recayó en él».

Código civil español haya dicho que: «Este precepto se sustenta en la incertidumbre que existe respecto a si la persona declarada ausente está viva o no. La situación lleva a no negar la posibilidad de que pueda adquirir derechos, ya que puede estar vivo, pero, a su vez, ante la duda de la muerte se exige que se pruebe su existencia para la adquisición de los mismos»³⁰. Según la fórmula hispana, mientras no se pruebe que exista, nada adquirirá el ausente de su causante, pero como la declaración de ausencia, implica la duda oficial de su existencia, se prevé la toma de cautela por si éste retorna, de modo que aquellos hacia los cuales irían a parar la herencia que hubiera recibido el declarado ausente si no estuviera incurrido en esa situación, tienen que formar inventario, con expresa reserva de sus derechos.

Posición distinta se asumiría si se entiende que el ausente adquiere derechos, salvo que se pruebe que no existía al momento de la adquisición, de modo que habría que probar su muerte y no su existencia. Si se sigue esta posición correspondería al representante del ausente concurrir al acto de adjudicación a nombre de aquel, pero en todo caso, formar inventario de los bienes que por tal concepto se adjudica y que le corresponderá administrar, pues si a *posteriori*, tras la declaración judicial de presunción de muerte, tal cuota no le hubiera correspondido al declarado ausente, dado que al momento del fallecimiento de la persona de la que él trae causa, se presumiere por declaración judicial que ya hubiere fallecido (situación de premuerte del declarado ausente), la cuota o el todo de la herencia adjudicado a su favor tendría que seguir el cauce dado por el testador, o en defecto de testamento, por el legislador según los órdenes sucesorios *ab intestato*.

En cambio la solución española es disímil, ya que el artículo 191 del Código civil ofrece una salida que conjuga el requisito de la supervivencia del causahabiente respecto del causante para suceder con la declaración judicial de ausencia, que implica una incertidumbre oficial sobre la existencia o no de una persona, por ello sin negarle al declarado ausente derecho a suceder, las dudas sobre su propia existencia le impiden de inmediato heredar. En principio, se tiene al ausente como si no existiera, por ello el legislador establece que su parte «acrecerá... a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla», de ahí que, el derecho hereditario lo reclamará quien, en defecto del declarado ausente, le hubiera correspondido heredar³¹, eso sí con inventario de los bienes que se adjudican, ya que se está ante una

Sigue esa misma orientación el Código civil uruguayo en su artículo 47: «*Quien reclame un derecho en nombre de la persona cuya existencia se ignora, debe probar que ella existía cuando el derecho nació. Sin esa prueba es inadmisibile su demanda.*».

³⁰ PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, «Comentarios al artículo 190», en *Comentarios al Código civil*, Rodrigo Bercof Rodríguez-Cano (coordinador), 2.ª edición, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, p. 339.

³¹ Llevado a nuestro contexto sucesorio, se incluiría aquí si la sucesión fuera testamentaria el sustituto vulgar (art. 482 del Código civil), en su defecto el coheredero concurrente (art. 471.1), o en última instancia los herederos *ab intestato* respecto de esa cuota o del todo si él hubiera sido el único llamado a la sucesión, mientras si fuera *ab intestato*, los herederos por derecho de representación ya sean estos sus descendientes (arts. 512 y 514.3 y 4 del Código civil) o sus hijos únicamente, sobrinos del causante (arts. 512 y 521.1 del Código civil), o en su defecto los que concurren por acrecimiento sucesorio (art. 471.2 del Código civil).

Posición que sigue el Código civil uruguayo en su artículo 75, segundo párrafo: «*Si ya ha tenido lugar la declaración de ausencia, la sucesión corresponderá exclusivamente a los que habían de concurrir con él o a los que habían de entrar en su representación o en su defecto*» y en el 76: «*Las disposiciones de los dos artículos precedentes se entienden sin perjuicio de las acciones de petición de herencia, y otras que competen a los ausentes y a sus sucesores universales o singulares*», igualmente el Código civil boliviano en sus artículos 48: «*Si se abre una sucesión a la cual es llamada en todo o en parte una persona cuya existencia se ignora, la sucesión se defiende a quienes habría correspondido en defecto de dicha persona, salvo el derecho de representación y con inventario estimativo y fianza previos*» y 49: «*Lo previsto en los artículos 47 y 48 no perjudica la petición de herencia ni los otros derechos*».

situación de pendencia hasta tanto no se constate la muerte o se declare el fallecimiento³².

Así, *v.gr.* resultando la sucesión *ab intestato* del señor A, a la que han sido llamados a partes iguales sus hijos B, C y D, estando este último declarado judicialmente ausente, casado, pero sin hijos que concurren por derecho de representación, a tenor del modelo español, de aplicarse en Cuba conforme con el Derecho vigente, su cuota correspondería a sus hermanos por acrecimiento sucesorio. Si posteriormente, una vez dispuesta por auto judicial la presunción de muerte de D, al retrotraerse los efectos de la declaración ex artículo 36.2 del Código civil, se demuestra que el acontecimiento que hizo presumir la muerte se remonta a una fecha posterior al fallecimiento del padre A, resulta que D habría postmuerto a A y, en consecuencia, adquirido derechos, transmitidos ex artículo 529 del Código civil a su esposa. De ahí que en España para proteger tales derechos se les tenga, tanto al declarado ausente como a sus herederos voluntarios o *ab intestato*, reservatarios de los derechos hereditarios, por lo cual si se probare el particular arriba descrito, pueden hacer efectiva la reserva de derechos que a su favor dispensa el artículo 190 del Código civil español, precepto que no tiene homólogo en el contexto patrio, como tampoco existe previsión alguna en las normas del Libro IV dedicado a las sucesiones hereditarias, del supuesto de llamamiento a la herencia de una persona declarada ausente. Nada regula nuestro legislador en este sentido. No hay un solo precepto que invoque esta situación, dejada a la solución «pretoriana» de los jueces, que podrían tomar una u otra posición, si bien la segunda bien perfilada y con un cauce sustantivo y procesal adecuado, pudiera combinar principios capitales de la declaración de ausencia y la adquisición de una herencia. No obstante, la primera de las alternativas ofrecidas no tiene tampoco que ser calificada de descabellada, aunque al parecer con menos sustrato doctrinal. En todo caso, es importante tomar medidas precautorias que garanticen un cauce legal seguro de los derechos hereditarios a favor del ausente o de quien en su defecto ocuparía su posición.

6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL DECLARADO AUSENTE O DE SU RETORNO

La declaración judicial de ausencia puede dejarse sin efectos, acreditándose a través de los medios de prueba admitidos en Derecho, la existencia con vida de la persona, respecto de la cual se sentó tal declaración. En este orden de ideas es necesario delimitar cuándo procede, o sea, en qué circunstancias, cómo, o lo que es lo mismo, qué vía procesal conduce a la nulidad de la previa declaración judicial de ausencia y qué consecuencias ocasiona.

Conforme con nuestro ordenamiento jurídico material (art. 37 del Código civil), se anulará la declaración judicial de ausencia, cuando:

- a) se presente el declarado ausente, o sea, retorna;
- b) se pruebe su existencia.

que correspondan a la persona cuya existencia se ignora o a sus herederos o causahabientes salvo los efectos de la prescripción y de la usucapión».

³² PÉREZ DE CASTRO, N., «Comentarios al...», cit., p. 340.

6.1 EL RETORNO DEL DECLARADO JUDICIALMENTE AUSENTE

Centrándonos entonces en el estudio de los dos supuestos que, según el Código civil cubano en su artículo 37, implican la nulidad de la declaración judicial de ausencia, cabe en primer orden que retorne, o sea, se presente él, hasta ese momento tenido por todos, como ausente, supuesto en el cual sería él mismo el legitimado para interesar la nulidad de la declaración judicial de ausencia, en proceso respecto del cual, nada disponen ni el Código civil, ni la ley procesal, si bien en la doctrina patria reciente se maneja el criterio de que sea en proceso contencioso de carácter ordinario³³.

En un supuesto de la declaración judicial de ausencia, habría que anular no sólo el auto judicial de declaración de ausencia, sino también el auto judicial contentivo del nombramiento del representante, restableciéndose además la patria potestad a favor del hasta entonces declarado ausente, previa tramitación del proceso judicial ordinario correspondiente a ese fin, por el que se revoca la suspensión declarada. Igualmente pudiera interesar el ejercicio de la acción rescisoria por lesión patrimonial, establecida en el artículo 76, inciso b), del Código civil, de estar incurso en una situación de esa naturaleza. Sostiene De Castro que también podría el aparecido pedir que se declare la nulidad de los actos realizados por el representante, excediéndose de sus facultades y exigir la rendición de cuentas de la gestión y administración de su patrimonio, pudiendo interesar indemnización de los perjuicios y reparación de los daños por el incumplimiento de las obligaciones atribuidas al representante³⁴.

6.2 LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL DECLARADO AUSENTE

También dispone el artículo 37 otra posibilidad de anular la declaración judicial de ausencia, a saber: Cuando se prueba la existencia del declarado ausente³⁵, quien no se presenta ante el juez, sino este último conoce de tal particular a través del proceso judicial promovido a tal fin por los terceros interesados o por el fiscal.

7. LOS EFECTOS RESTITUTORIOS A FAVOR DEL DECLARADO AUSENTE QUE RETORNA O DEL CUAL SE PRUEBA SU EXISTENCIA, TRAS LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL. LAS EXCEPCIONES PREVISTAS *EX LEGE*

Anulada la declaración judicial de ausencia ante el propio tribunal que dictó el auto judicial en que aquella se contiene, se le restituirán los derechos de los cuales

³³ Así, DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa, «La persona individual», en *Derecho Civil. Parte General*, bajo la coordinación de Caridad del C. Valdés Díaz, Félix Varela, La Habana, 2002, p. 127.

³⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 539.

³⁵ Este supuesto no fue incluido en los primeros anteproyectos del Código civil, no es hasta el proyecto de mayo de 1986 que en su artículo 38 se dispone: «*Si el desaparecido o declarado presuntamente muerto o fallecido se presenta o prueba su existencia (...)*».

era titular y recobrará sus bienes, pero solo «*en el estado en que se encuentren*» y el precio de aquellos bienes que hubieren sido enajenados o los adquiridos por el precio de los enajenados en razón del principio de subrogación real, no así los frutos, según el dictado del artículo 37 del Código civil que bien merece un detallado estudio.

En un primer orden de ideas, el legislador del Código civil deja a salvo respecto de este efecto restitutorio de derechos y recuperatorio de bienes, a favor de quien retorna, o de quien se prueba su existencia, aquellos que la ley excepciona, entre ellos cabe citar los bienes que fueron enajenados por el representante, previa autorización judicial, por razones de utilidad y/o necesidad.

7.1 LA ACCIÓN RECUPERATORIA DE LOS BIENES. LA ACTUALIDAD DE DICHA RECUPERACIÓN

Dispensa el legislador a favor del declarado ausente una acción, calificada doctrinalmente como acción de naturaleza especial, similar a la *petitio hereditatis*, pero distinguible de ésta, pues el que reaparece no discute su condición de heredero, ni reclama un patrimonio hereditario, sino su propio patrimonio de manos de su representante. Tampoco, por supuesto, la *causa petendi* es la mejor titularidad hereditaria. Se trata de una acción que no puede encuadrarse dentro de la acción reivindicatoria, pues es diferente a ella, en tanto que el sujeto que reaparece conserva la titularidad de los bienes que eran de su propiedad, por lo cual a su tenor reasume la titularidad, no tiene por qué demostrar que es dueño de cada uno de los bienes que reclama, de ahí la fórmula normativa de que el tribunal que conoce la nulidad del auto judicial de declaración de ausencia dispone automáticamente el recobro de sus bienes y no el ejercicio de la acción reivindicatoria. De igual manera el ejercicio de esta acción no tiene por qué limitarse a reclamar el dominio, sino cualquier otro derecho real que se detente sobre esa masa de bienes, en manos del representante.

Como sostiene Corral Talciani, a quien sigo en estas consideraciones, si bien su estudio se sustenta en la figura de la declaración judicial de fallecimiento, se trata de una acción personal pero con fundamento real, esto es, es una acción con efectos *erga omnes* por la sola declaración de nulidad del auto judicial de ausencia, pero que no cabe sea ejercitada contra todos, a salvo quedan los terceros adquirentes de buena fe, ni tampoco sobre todos los bienes, pues los que han sido válidamente transmitidos a terceros, previa autorización judicial, por razones de utilidad y/o necesidad, no son recuperables dada la plena eficacia del acto jurídico de transmisión del dominio³⁶. Eso sí, la ley inviste al reaparecido de la recuperación de los bienes, y no de un derecho personal, el reaparecido «podría, si quisiese, ejercer las acciones reales que correspondan para recuperar cada uno de esos bienes y, en especial, la reivindicatoria, puesto que su dominio le es reconocido automáticamente»³⁷, por ello el juez en la resolución judicial contentiva de la nulidad de la declaración judicial de ausencia, ha de disponer dicho recobro o recuperación, para lo cual la acción regulada en el artículo 37 *in fine*, siempre le resultará mucho más útil, dado que le permite la recuperación de los bienes *in integrum*.

³⁶ Sigo los criterios que en este sentido desarrolla CORRAL TALCIANI, Hernán F., *La declaración de fallecimiento*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 337-340

³⁷ *Idem*, p. 339.

La actualidad de dicha recuperación

La actualidad de la recuperación de bienes es una nota significativa en los efectos de la nulidad de la declaración judicial de ausencia³⁸. El aparecido no puede exigirle al representante la entrega de los bienes en el estado en que se encontraban cuando él los abandonó, pues el representante, previa autorización judicial, pudo con motivo de utilidad y/o necesidad haber enajenado bienes pertenecientes al patrimonio del ausente. En fin, no pone cortapisas alguna nuestro ordenamiento jurídico, muy poco prolijo en medidas cautelares o precautorias en pro de los posibles derechos que pudieran corresponderle al declarado ausente si retornare o se probare su existencia o a sus herederos verdaderos, de probarse la certeza de su muerte.

Esta fórmula de la actualidad en la recuperación de los bienes ha sido la misma seguida por España en el artículo 197 de su Código civil. El legislador se atiene únicamente al estado en que se encuentren los bienes en ese momento del retorno o de la prueba de la existencia del declarado ausente, ya sea favorable³⁹ o desfavorable. Tampoco se le concede al representante del ausente, derecho a recuperar las mejoras hechas en los bienes que tiene que restituir, pero el aparecido igualmente no podrá exigir los frutos, los cuales habrán hecho suyos el representante. A tales efectos resulta muy provechosa y útil la previa formación de inventario de los bienes habidos al momento de abrir la sucesión. Sólo de ellos podrán responder el representante del ausente, a los fines restitutorios.

Según Corral Talciani, el legislador español –al igual que el cubano–, habla de «sus bienes», razón por la cual el estado se ha de referir no sólo a cada cosa en particular, sino también a la masa patrimonial de la cual era titular el declarado ausente, de modo tal que debe entenderse incluido no solo los bienes, sino también los derechos y acciones⁴⁰.

7.2 EL PRECIO DE LOS ENAJENADOS O LOS ADQUIRIDOS CON ÉL (EX SUBROGACIÓN REAL)

De existir enajenaciones a título gratuito, nada podrá recuperar el aparecido, salvo que demuestre un acto de esta naturaleza en fraude de sus derechos. Si en cambio, hubiere sido concertado tal acto a título oneroso, entonces, le cabría exigir la restitución de aquellos bienes adquiridos como sustitución del enajenado o el precio, de estar este aún en el patrimonio de los herederos. Para ello tendrá que probar la concertación del acto y el nexo causal entre el acto y el bien en cuestión que pretende recuperar.

Para de Castro en la doctrina española, el representante de buena fe deberá entregar el capital y los frutos⁴¹. Puede no obstante, interesar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por haberse incumplido la obligación de inventariar los bienes.

³⁸ En la doctrina francesa también LARROUMET, Christian, *Derecho Civil, Introducción al estudio del derecho privado*, 1.ª edición en español, Legis Editores, Bogotá, 2006, pp. 228-229, hace alusión a dicha actualidad.

³⁹ De modo que, el ausente que reaparece se beneficiará con todos los gastos e inversiones hechos en ellos, por lo cual nada tendría que abonar al representante o a sus sucesores, en tanto que dueño de lo principal, corresponde a él lo accesorio.

⁴⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán F., *La declaración de...*, cit., p. 341.

⁴¹ CASTRO y BRAVO, F de, *Derecho Civil...*, cit., p. 539.

Eso sí, el precepto en cuestión pone a salvo los derechos reales transferidos a favor de terceros, pero no los derechos de crédito, lo cual supone que si sólo ha operado un acto con meros efectos obligacionales, que por no haber mediado el respectivo modo de adquisición, no ha conllevado a la efectiva transferencia de la cosa o constitución del derecho, el sujeto que retorna no estaría obligado a cumplir dicho acto y desprenderse del bien ⁴².

En relación con la acción de recuperación del precio de los bienes enajenados o los adquiridos con él, si bien soy partidario de estar frente a una acción de subrogación real, la opinión en la doctrina no es nada uniforme. Para Corral Talciani no puede hablarse de una subrogación real pues de admitirse esta tesis, habría que admitir una duplicidad en la figura, al considerar que el bien enajenado primero lo sustituirá el precio, y que éste a su vez podrá ser reemplazado por el nuevo bien adquirido con ese precio, lo que a su juicio, resulta retorcido y conlleva a resultados injustos, pues si el precio se consume o el bien adquirido con él es destruido o deteriorado, el reaparecido nada podría reclamar, lo cual contradice luego al calificar el objeto de la acción que tiene el ausente o presuntamente muerto (dado que en este contexto lo explica el autor ⁴³) que reaparece para recuperar tal precio, en tanto lo califica de una deuda de valor constituida a su favor. La acción para él, no recae sobre la cantidad física de metálico recibida, como tampoco que una vez consumida o pérdida esa cantidad, el obligado a la devolución sea exonerado de toda responsabilidad a este respecto, sino en el valor de contraprestación acordado para la transferencia del dominio, con lo cual no hace sino complicar aún más el esquema de la naturaleza de la acción, a cuyo tenor el reaparecido recupera el precio o el bien que en razón de la ulterior adquisición está en su patrimonio, manifestación concreta, a mi juicio, de un supuesto de subrogación real ⁴⁴.

Tampoco comparto su tesis de que estemos frente a una obligación alternativa, pues tanto el legislador español en su artículo 197, como el nuestro en el artículo 37 *in fine* permite al ausente que reaparece elegir entre la entrega en dinero del valor de la contraprestación que recibió por la enajenación del bien o que le haga entrega de lo adquirido por él, pues precisamente esta segunda posibilidad, a tenor de la subrogación real que opera, tiene naturaleza subsidiaria, sólo es posible cuando el dinero no está líquido en el patrimonio del representante del ausente, pues hubo una inversión posterior. No encuentro en la conjunción «o» empleada, ese valor de alternancia o disyunción que Talciani encuentra y sí, por el contrario, tan solo un sentido de subsidiaridad ⁴⁵.

7.3 DESTINO DE LOS FRUTOS

En relación con los frutos, en el ordenamiento jurídico patrio nada puede exigir, me refiero a los frutos percibidos con anterioridad al éxito de la nulidad de la declaración judicial de ausencia, pues aunque ello no lo regula el legislador patrio en el

⁴² *Apud.* CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración de...*, cit., p. 343.

⁴³ Que no cabe distinguir en el ordenamiento jurídico cubano en el que se da igual solución para uno y otro supuesto.

⁴⁴ *Idem.*, p. 349.

⁴⁵ *Ibidem.*

artículo 37, es lógico que los frutos percibidos a partir del momento en que apareció o se probó su existencia, se deben a su titular: El ausente, ahora reaparecido. Y aclaro que, a mi juicio, debe ser a partir de esa fecha y no de la de firmeza de la resolución judicial contentiva de la nulidad. Eso sí, el conocimiento de la aparición del ausente, o el ocultamiento de tal particular por el representante, lo convierte en poseedor de mala fe, con las consecuencias que en Derecho ello provoca.

8. BIBLIOGRAFÍA

I. FUENTES DOCTRINALES:

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I – Introducción y Parte General*, vol. 1.º *Introducción y Derecho de la persona*, 12.ª edición, Bosch, Barcelona, 1991.
- CASTRO y BRAVO, Federico de, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.
- CLEMENTE DÍAZ, Tirso, *Derecho Civil Parte General*, tomo I (segunda parte), EMPES, La Habana, 1983.
- CORRAL TALCIANI, Hernán F., *La declaración de fallecimiento*, Tecnos, Madrid, 1991.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., «La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho Internacional Privado», en *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen XLVII (1995), 2.
- DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa, «La persona individual», en *Derecho Civil. Parte General*, bajo la coordinación de Caridad del C. Valdés Díaz, Félix Varela, La Habana, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, tomo I - *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8.ª edición Tecnos, 1993.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, 5.ª edición, Editorial Rhodas, Lima, 2006.
- LARENZ, Kart, *Derecho Civil. Parte General*, traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, EDERSA, Madrid, 1978.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis et al., *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, volumen 2.º *Personas*, 3.ª edición, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Dykinson, Madrid, 2002.
- LARROUMET, Christian, *Derecho Civil, Introducción al estudio del derecho privado*, 1.ª edición en español, Legis Editores, Bogotá, 2006.
- OGAYAR y AYLLÓN, Tomás, «Comentarios a los artículos del 181 al 192», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo IV, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, EDERSA, Madrid, 1985.
- PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, «Comentarios a los artículos del 181 al 198», en *Comentarios al Código civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), 2.ª edición, Thomson – Aranzadi, Madrid, 2006.

SERRANO SERRANO, Ignacio, «Las declaraciones de ausencia y de fallecimiento», en *Revista de Derecho Privado*, Núm. 409, año XXXV, abril de 1951.

VALENCIA ZEA Arturo y Álvaro ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil*, tomo I, *Parte general y personas*, 16.ª edición, Temis, Bogotá, 2006.

II. FUENTES LEGALES:

Código civil de Alemania (BGB) comentado, en vigor desde el 1 de enero de 1900, edición a cargo de Emilio EIRANOVA ENCINAS, Marcial Pons, Madrid, 1998.

Código civil de la República de Argentina de 25 de septiembre de 1869, edición al cuidado del Dr. Ricardo de ZAVALÍA, Buenos Aires, 1996.

Proyecto de Código civil de la República Argentina, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1999.

Código civil de la República de Bolivia, Decreto Ley Núm. 12760/1975 de 6 de agosto, edición de 1998.

Código civil Comentado (Código civil del Brasil) por Nelson NERY JUNIOR y Rosa Maria DE ANDRADE NERY, 4.ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta el 20 de mayo del 2006, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2006.

Código civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto núm. 1937/1976 de 29 de noviembre del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile.

Código civil de la República de Colombia, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887, edición a cargo de Luis César PEREIRA MONSALVE, Medellín, marzo, 1994.

Código civil de la República de Costa Rica de 26 de abril de 1886 (revisado y actualizado), 9.ª edición, Porvenir, San José, 1996.

Código civil de la República de Cuba, Ley núm. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel ACEDO PENCO y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Dykinson, Madrid, 2005.

Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

Código civil de la República de Ecuador, 7.ª edición, Codificación RO-S 104: 20 noviembre de 1970, actualizado a junio de 1997, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, S. L..

Código civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24.ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.

Código civil de la República de Francia de 21 de marzo de 1804, 6.ª edición, Petit Codes, Dalloz 1976- 1977.

Código civil de la República de Honduras, sancionado por Decreto núm. 76/1906 de 19 de enero, Graficentro Editores, Tegucigalpa. s. f.

Código civil de la República de Italia de 16 de marzo de 1942, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 1993.

- Código civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal*, de 30 de agosto de 1928, edición a cargo de Jorge OBREGÓN HEREDIA, (concordado), Porrúa, México, 1988.
- Código civil de la República del Perú*, promulgado por Decreto Legislativo núm. 295/1984 de 24 de junio, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a cargo de Jorge PALMA MARTÍNEZ, Ediciones y Distribuciones «Palma», Lima, 1994.
- Código civil de la República de Portugal* de 1966, vigente desde 1967, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.
- Código civil de Puerto Rico* de 1930, edición a cargo de Ramón Antonio GUZMÁN, Santa Fe de Bogotá, Septiembre 1993.
- Code Civil du Québec*, L.Q., 1991, c. 64, à jour au 1^{er} janvier 2003 dernière modification: 24 juin 2002, en <http://www.ijcan.org/qc/loi/lcqc/20030530/c.c.q./>, consultado el 6 de agosto del 2004.
- Código civil de la República Oriental del Uruguay* sancionado en 1914, edición al cuidado de la Dra. Jacqueline BARREIRO DE GALLO, Barreiro y Ramos S.A. Editores, Montevideo, 1994.
- Código civil de la República de Venezuela*, reformado en julio de 1982, PANAPO, 1986.
- Código de Familia de la República de Cuba*, Ley 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley núm. 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1.^a reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley 241/2006 de 26 de septiembre en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria núm. 33, de 27 de septiembre del 2006.
- Ley 51/1985 de 15 de julio, Del Registro del Estado Civil*, publicación del MINJUS, La Habana, 1998 y su *Reglamento* contenido en la *Resolución 157/1985 de 25 de diciembre del Ministro de Justicia*, publicación del MINJUS, La Habana, 1998.
- Anteproyecto del Código civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, agosto de 1979.
- Anteproyecto del Código civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, febrero de 1981.
- Anteproyecto del Código civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, febrero de 1982.
- Anteproyecto del Código civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, enero de 1983.
- Anteproyecto del Código civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, septiembre de 1985.
- Proyecto del Código civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, mayo de 1986.