

## CAPITULO SEGUNDO

### DE LA DECLARACION DE AUSENCIA

384. La declaración de ausencia constituye el segundo período de la ausencia. En él, acentuándose más las dudas sobre la existencia de la persona que ha desaparecido de su domicilio, sin dar noticias de su paradero, la ley, que en el primer período ha tomado en cuenta solamente los intereses del desaparecido, se preocupa también de los de las personas que tienen derechos subordinados a su muerte, y las medidas, muy provisionales, adoptadas durante ese primer período, las substituye por otras, que acusan un sistema de administración más completo y mejor definido.

385. La declaración de ausencia es el resultado de una declaración judicial hecha mediante ciertos requisitos y garantías que se contienen en el capítulo, cuyo estudio estamos haciendo, requisitos y garantías, sin los cuales no puede hacerse aquella declaración.

386. De estos requisitos el más importante quizás es el transcurso de cierto tiempo desde la fecha de la desaparición del ausente. Este tiempo varía en las diversas legislaciones. Nuestro Código lo ha fijado en cinco o diez años, según que el ausente, al separarse de su domicilio, no dejó apoderado que lo representara, o que sí lo dejó. *Pasados cinco años desde el día en que haya sido nombrado el representante, dice el artículo 618, habrá acción para pedir la declaración de ausencia. En el caso de que el ausente, agregá el artículo 619, haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados diez años, que se contarán desde la desaparición del ausente, si en ese período no se tienen ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas..*

387. Debemos, desde luego, llamar la atención sobre la distinta manera como la ley computa los plazos, según que el ausente haya desaparecido, sin dejar apoderado, o dejándolo; en el primer caso, el plazo de cinco años se cuenta desde la fecha en que le fué nombrado representante al ausente; en el segundo, el plazo de diez años se cuenta desde el momento de la desaparición. Francamente no nos explicamos esta diversidad de criterios, tratándose de casos que reconocen una misma razón de ser, y nos parecería más lógico que, como lo hacen todas las legislaciones extranjeras, ambos plazos tuvieran un mismo punto de partida. Pero no es esta la única anomalía que es de advertirse en los artículos 618 y 619: el primero hace depender la de-

claración de ausencia, indefectiblemente, del transcurso de cinco años de la fecha en que se nombró el representante; el segundo hace depender aquella declaración del transcurso de diez años, contados desde la desaparición del ausente, *o desde la fecha en que se hayan tenido sus últimas noticias*. De esta diversidad de redacciones resulta que la circunstancia de que se tengan noticias del ausente, que tiene una influencia capital cuando ha dejado apoderado, no tiene ninguna, cuando no lo ha dejado; ahora bien, caracterizando a la ausencia la incertidumbre sobre la existencia del ausente, es contrario a los principios que, como lo hace el artículo 618, no se subordine la declaración de ausencia a aquella condición. Afortunadamente, la anomalía anotada, y la consecuencia jurídica que de ella se deriva, no son más que el resultado de un defecto de redacción del artículo 618, pues basta leer las disposiciones de los artículos 625 y 626 para convencerse de que, en todo caso, la declaración de ausencia depende de la condición de que no se tengan noticias del ausente, o lo que es lo mismo, de que su existencia sea incierta. En consecuencia, el artículo 618 debe interpretarse en el sentido de que el plazo de cinco años que establece, debe contarse desde el nombramiento de representante, si en ese período no se hubieren tenido noticias ningunas del ausente, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas.

388. ¿A qué se debe la diferencia de plazos que establece la ley, según que el ausente haya dejado o no, apoderado? La razón nos la da Bigot-Prémeneu: «Uno no puede, dice, tratar igualmente a aquel que ha formalmente atendido a la administración de sus negocios y a aquel que los ha dejado abandonados. Se considera que el primero ha previsto una larga ausencia, supuesto que ha atendido a la principal necesidad que de ella le resulta. Está dispen-

sado de la obligación de sostener correspondencia, aun cuando esté largo tiempo alejado. Las presunciones contrarias surgen contra aquel que no ha dejado procuración; se supondrá, más bien, que él esperaba un pronto regreso, antes que suponer que haya omitido una precaución tan necesaria; y cuando él ha faltado, cuando menos se ha colocado en la necesidad de suplir su falta por su correspondencia» (1).

389. Se discute, en el derecho francés, si cualquier poder, aunque no sea general, para la administración de todos los bienes del ausente, es bastante para dar lugar al mayor plazo que, para la declaración de ausencia, establece la ley en el caso de haberse nombrado apoderado (2). Tal discusión no puede suscitarse en nuestro derecho, pues el artículo 619 hace, expresamente, depender la declaración de ausencia del transcurso de diez años, en vez de cinco, de la circunstancia de que el ausente haya dejado *apoderado general* para la administración de sus bienes; de donde, claramente, se infiere que si el poder conferido es especial para algunos negocios, no tendrá aplicación el artículo 619, sino el 618, que fija en cinco años el plazo para hacer aquella declaración.

390. ¿El nombramiento de apoderado hecho en documento privado, es bastante para que tras el transcurso del plazo de diez años que establece el artículo 619, se declare la ausencia? Para resolver esta cuestión, basta tener presente que el artículo 619 exige el nombramiento de un apoderado general, y que en los términos del artículo 2352, se re-

(2) *En sentido afirmativo*: Huc, ob. cit. t. I. núm. 411 — *En sentido negativo*: Planiol, ob. cit. t. I. núm. 625; Baudry Lacantinerie. ob. cit. t. II, núm. 1088.

ción I, el mandato general debe constar en escritura pública; en consecuencia, el poder constituido en otra forma, que no sea la expresada, no podrá considerarse eficaz para el efecto; no es una objeción en contra de esa tesis el decir que con haber nombrado el ausente un administrador de sus bienes, cualquiera que haya sido la forma de hacer el nombramiento, ha ocurrido al cuidado de aquellos, pues no estando hecho el nombramiento en la forma legal, no puede decirse que aquel haya ocurrido, de una manera eficaz, al cuidado de sus intereses.

391. Cuando el poder conferido por el ausente cesa por cualquier motivo, como, por ejemplo, por la muerte del apoderado, ¿a qué plazo deberá atenderse para la declaración de ausencia: al de cinco años que establece el artículo 618, o al de diez años fijado por el 619? El punto es discutible: para sostener que debe aplicarse el artículo 618, hay la razón de que una vez extinguido el mandato, queda el ausente en las mismas condiciones que si no lo hubiese otorgado, toda vez que no puede producir efectos jurídicos lo que no existe; para sostener que debe aplicarse el artículo 619, puede razonarse de la siguiente manera: la ley, cuando el ausente ha dejado apoderado, sujeta la declaración de ausencia a un plazo de diez años, porque la falta de noticias de una persona, que ha provisto a la administración de sus intereses, no hace nacer inquietudes sobre su existencia, toda vez que, por haber dejado un representante, está dispensado, en cierto modo, de dar tales noticias; ahora bien, siendo este el motivo por el que se determina un plazo de diez años para la declaración de ausencia, no hay razón para que dicho plazo no se observe, cuando el poder ha concluido por causas ajenas al ausente; esta extinción del mandato no afecta en nada a la inducción que la ley ha hecho derivar de su existencia; en consecuencia, debe atenderse al plazo

de diez años. Estas últimas razones nos parecen tanto más atendibles en nuestro derecho, cuanto que el artículo 619, al prever el caso de que el ausente haya dejado o nombrado apoderado, expresa, en terminos imperativos, que *no podrá pedirse* la declaración de ausencia, sino pasados diez años de la desaparición del ausente o de la fecha de sus últimas noticias.

Otro tanto creemos que habrá que decidir en el caso en que el poder, conferido caduque por la expiración del plazo por el que fué otorgado.

392. Cuando el poder ha sido conferido por más de diez años, esta circunstancia no es motivo para impedir la declaración de ausencia, una vez transcurrido ese tiempo, a contar de la desaparición del ausente, o de la fecha de sus últimas noticias, pues la existencia de un poder de esta naturaleza no destruye la incertidumbre que hay sobre la vida del ausente, y porque, además, no le es dable a nadie ponerse por encima de las disposiciones de la ley. El artículo 620 consagra estos principios, estableciendo que *lo dispuesto en el artículo anterior* (la declaración de ausencia después de diez años de la desaparición del ausente, cuando ha dejado apoderado) *se observará aun cuando el poder se haya conferido por más de diez años.*

393. Cuando el ausente ha dado noticias suyas, ¿los plazos que establece la ley deben contarse desde la fecha en que ha dado las noticias o desde aquella en que se han recibido? El punto es controvertido en el derecho francés; en el nuestro, creemos que está resuelto por la misma redacción del artículo 619 que, al decir que aquellos plazos se cuenten desde la fecha en que *se hayan tenido* las últimas noticias, da a entender que esta fecha es aquella en que se reciben las noticias; esta interpretación está, además, corroborada por la letra del artículo 631, que dice que los here-

deros testamentarios, y en su defecto, los que lo fueren legítimos, al tiempo de la desaparición del ausente, o al tiempo en que *se hayan recibido* las últimas noticias, serán puestos en posesión provisional de los bienes etc. etc. Es verdad que con esta interpretación se llega al absurdo de que si la carta escrita por el ausente llega a su destino uno o dos años después de que fué escrita, se le tendrá por vivo en una época en que quizás haya muerto (1). Pero como lo hace, muy bien, observar Laurent, el absurdo no basta para separarse del texto de la ley. «El texto, dice, nos obliga, nos encadena; no podemos separarnos de él, de mostrando que la ley es absurda; esto afecta al legislador y no al intérprete» (2).

394. La existencia de un apoderado del ausente retarda, como hemos visto, la declaración de ausencia, hasta que se completen diez años desde la fecha de su desaparición o de sus últimas noticias; pero al transcurso de los primeros cinco años, el nombramiento del apoderado sufre algunas modificaciones, pues la ley le impone la obligación de garantizar su manejo al igual que debe hacerlo el representante, si lo solicitan el Ministerio Público o las personas que tengan derechos subordinados a la muerte del ausente, y sí hay, además, motivo fundado para exigir tal garantía; así resulta de los términos del artículo 621 que dice: *Pasados cinco años, que se contarán del modo establecido en el artículo 619, el Ministerio Público y las personas que designa el artículo 623 pueden pedir que el apoderado garantice en los mismos términos en que debe hacerlo el representante, y el juez así lo dispondrá si hubiere motivo fundado.* La razón de esta exigencia de la ley es fácil de

(1) Dalloz, ob. cit. palabra «Absents» núm. 167.

(2) Laurent, ob. cit. t. II. núm. 156.

comprenderse: radica, en primer lugar, en el temor que hay de que un apoderado, a quien por tanto tiempo no se le piden cuentas de su gestión, dilapide los bienes de su representado, y en segundo lugar, en el interés, cada día más grande, que tienen los herederos del ausente en la conservación de dichos bienes. Sin embargo, para que pueda pedirse al apoderado que garantice su manejo, es preciso que se demuestre la necesidad que hay de que dé garantías.

395. La sanción que tiene el artículo transcrito la establece el 622, en los términos del cual, *si el apoderado no quiere o no puede dar la garantía, se tendrá por terminado el poder, y se procederá al nombramiento de representante de la manera dispuesta en los artículos 606, 607 y 608.*

396. ¿Quiénes pueden pedir la declaración de ausencia? *Pueden pedir la declaración de ausencia, dice el artículo 623:*

- I. *Los presuntos herederos legítimos del ausente;*
- II. *Los herederos instituidos en testamento abierto;*
- III. *Los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente;*
- IV. *El Ministerio Público.*

Los herederos del ausente, sean legítimos o testamentarios, tienen derecho de solicitar la declaración de ausencia, porque siendo resultado de tal declaración el que se les ponga en posesión provisional de los bienes del ausente, están vivamente interesados en que se haga aquella. Respecto de los herederos testamentarios, se exige que hayan sido instituidos en testamento abierto, porque, como después veremos, hasta que se haga la declaración de ausencia, no se puede proceder a la apertura del testamento cerrado, otorgado por el ausente; de manera que al solicitar la declaración de ausencia, no están aquellos herederos en aptitud de comprobar su interés.

La declaración de ausencia puede ser pedida por los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente, por el interés que tienen en que se defina su situación, a fin de poder ejercitar sus derechos. De acuerdo con esto, tendrán acción para pedir la declaración de ausencia los donatarios, legatarios, coasociados y usufructuarios del ausente, así como los que tengan la nuda propiedad de los bienes que aquel posea en usufructo. Pero no podrán hacer dicha petición los acreedores del ausente, pues la declaración de ausencia no les afecta en nada, toda vez que pueden exigir el pago de sus créditos, aun sin tal declaración.

El artículo que venimos examinando concede también acción al Ministerio Público para solicitar la declaración de ausencia. Esto nos parece una anomalía del Código: la declaración de ausencia produce el efecto de poner a los herederos presuntivos del ausente en la posesión provisional de sus bienes, los que, si admiten cómoda división, son divididos entre los diversos herederos para los efectos de su administración; ésto, indudablemente, más bien que beneficiar, perjudica a los intereses del ausente; ahora bien, siendo función del Ministerio Público velar por los intereses de las personas que no pueden por sí mismas cuidarlos, y hacer todo aquello que beneficie estos intereses, no es lógico darle la facultad de solicitar aquella declaración, cuando, por el contrario, su papel, en la mayor parte de los casos, será oponerse a que se haga. Nuestro Código, sin embargo, no ha tomado en consideración para nada estas razones y ha facultado expresamente al Ministerio Público para pedir, al igual que cualquier heredero del ausente, la declaración de ausencia.

397. En muchos. Códigos extranjeros se reconoce, expresamente, al cónyuge del ausente el derecho de pedir la

declaración de ausencia; en el nuestro está excluido de tal derecho, salvo que sea heredero del ausente, en cuyo caso, tendrá acción, no en su calidad de cónyuge, sino en su calidad de heredero. ¿Cuál es el motivo por el que no se le concede al cónyuge la facultad de pedir la declaración de ausencia? El motivo está en que no tiene ningún interés en tal declaración, toda vez que no se le da la administración de los bienes del ausente, sino que, una vez declarada la ausencia, se liquida la sociedad conyugal, y los bienes que le corresponden al ausente pasan a la posesión de sus herederos. •

398. La declaración de ausencia, como que es un hecho de capital trascendencia para el ausente, está sujeta a varios requisitos de forma, de los que el primero es que la demanda en que se solicite se publique en los principales periódicos de la República y en el extranjero. *Si el juez encuentra fundada la demanda*, dice el artículo 624, *dispondrá que se publique durante tres meses, con intervalos de quince días, en el periódico oficial y en los demás de la República que sea conveniente, y la remitirá a los cónsues conforme al artículo 600.* Esta publicidad es una garantía establecida en favor del ausente, porque haciéndole conocer que ha sido solicitada su declaración de ausencia, es de esperarse que, si vive, pondrá los medios para evitarla, y si no lo hace, su silencio vendrá a robustecer la incertidumbre que se tiene, respecto de su existencia.

399. Hecha la última publicación, la ley quiere, para mayor garantía del ausente, que se esperen seis meses para hacer la declaración de ausencia. *Pasados seis meses desde la fecha de la última publicación, y no antes, si no hubiere noticias del ausente ni oposición de algún interesado, el juez declarará en forma la ausencia*, dice el artículo 625. Este artículo sujeta la declaración de ausencia a la circunstancia

de que no se tengan noticias del ausente, ni haya oposición de algún interesado; pero si sucede una u otra cosa, la duda sobre la existencia del ausente disminuye de intensidad, haciéndose necesario verificar averiguaciones, que den alguna luz sobre dicha existencia, y sobre todo, repetir las publicaciones. Así lo preceptúa el artículo 626 que dice: *Si hubiere algunas noticias u oposición, el juez no declarará la ausencia sin repetir las publicaciones que establece el artículo 624 y hacer la averiguación por los medios que el oponente proponga y por los que el mismo juez crea oportunos.* Claro está que si de las averiguaciones que se hagan resultan comprobadas las noticias que respecto de la existencia del ausente las han motivado, no se podrá hacer la declaración de ausencia.

La ley no lo dice, pero se sobreentiende que, hechas las segundas o ulteriores publicaciones de la demanda, habrá que esperar a que transcurran los seis meses que establece el artículo 625, para hacer la declaración de ausencia.

mente a la declaración de ausencia; posteriormente a esta declaración, hay que llenar otros nuevos, cuales son: publicar la resolución pronunciada, en el periódico oficial y en los principales periódicos de la República, remitiendo copia de ella a los cónsules para su publicidad, y repetir esto cada cinco años hasta que se presente el ausente, o se tengan noticias ciertas de su muerte o se declare la presunción de muerte. *La declaración de ausencia, dice el artículo 627, se publicará tres veces por los periódicos, con intervalo de quince días, remitiéndose a los cónsules como está prevenido respecto de los edictos. Ambas publicaciones se repetirán cada cinco años, hasta que se declare la presunción de muerte.* Con estas publicaciones lo que se busca, propiamente, es preparar el tercer período de la ausencia.

401. *El fallo que se pronuncie en el juicio de declaración de ausencia, tendrá las mismas instancias que el Código de Procedimientos asigne para los negocios de mayor interés,* dice el artículo 628. Siendo tanta la trascendencia que tiene dicho juicio, es natural que se le equipare a los negocios de mayor interés. Esta disposición, aunque muy justificada, tendría mejor lugar en el Código de Procedimientos Civiles.