

## LECCION VIGESIMA TERCERA.

### DE LOS AUSENTES É IGNORADOS.

#### I.

##### **Preliminares.**

La ausencia influye de una manera tan poderosa en el estado de los hombres y modifica de tal manera sus derechos civiles, que necesariamente ha debido llamar la atención del legislador y ser el origen de ciertos preceptos de las leyes personales.

La ausencia, dice Escriche, es el estado de una persona que no se encuentra donde su presencia sería necesaria, ó que está en otro lugar diferente del de su residencia ó domicilio; ó que se halla fuera de la provincia en que están las cosas que le pertenecen, ó que ha desaparecido de su domicilio sin que haya noticias de su paradero ni de su existencia.

Esta definición comprende tres estados diferentes entre los cuales no existe ninguna analogía, y por lo mismo no nos parece exacta.

En el sentido jurídico la ausencia es una desaparición, no un simple alejamiento del domicilio; es el estado de una persona que ha desaparecido del lugar de su residencia, de quien no se tienen noticias, y por consiguiente cuya existencia es dudosa.

Los romanos consideraron la ausencia como un acontecimiento extraordinario, que no merecía que el legislador se ocupara de él, estableciendo reglas para la conservación de los derechos de aquel que estaba alejado de su familia, y por tanto, el derecho Romano no contiene ningún precepto sobre este punto tan importante en nuestros días.

El mismo vacío se nota en nuestra antigua legislación, el cual trató de llenar la práctica, cambiando ó modificando el estado de las personas, según lo exigían la equidad y la justicia en cada caso.

Tomando como fundamento la ley 26, tít. 31, Part. 3.<sup>ª</sup>, que declara que la edad de cien años es la mayor presumible, se había establecido como regla, que toda persona ausente cuya muerte no constaba, se debía presumir viva hasta que hubiera cumplido cien años.

La ley 14, tít. 14, Part. 3.<sup>ª</sup>, exigía un tiempo menor, si á la ausencia y la incertidumbre que producía sobre la vida del ausente se unía la fama pública que proclamaba su muerte. *«Si aquel de cuya muerte dubdan, dicen que en extraña é luenga tierra es muerto é gran tiempo es pasado, asi como diez años arriba, abonda, que prueben que esto es fama entre los de aquel logar é que públicamente dicen todos que es muerto.»*

Pero en tal caso no se entregaban los bienes á los herederos absoluta y definitivamente y como suyos propios, sino con formal inventario para que los tuvieran y administraran como curadores, previo el otorgamiento de fianzas bastantes de restituirlos con sus frutos al ausente ó al heredero instituido, tan luego como aparecieran.

Los bienes del ausente quedaban bajo la guarda ó administración de un curador nombrado de oficio por el juez ó á pedimento de parte, si no es que algún pariente ó amigo se encargaba espontáneamente de ella, bajo las obligaciones y responsabilidades que nacían del cuasi-contrato de la gestión de negocios.

Respecto del matrimonio, esto es, de la duración del vínculo del ausente con la mujer, se había establecido la regla de no permitirle á ésta contraer nuevo matrimonio, mientras no presentara pruebas indubitables de la muerte de aquel, no obstante las opiniones de los jurisconsultos, de los cuales, unos señalaban cuatro años, otros diez de ausencia para declarar la viudedad de la mujer.

Finalmente; las leyes de procedimientos cuidaban hasta cierto pun-

to de los derechos de los ausentes que se ventilaban en juicio, mandando que se les proveyera de un defensor, con quien se entendian todas las diligencias.

Este vacío de nuestra antigua legislacion, daba lugar á sérias controversias, y á que los jueces procedieran de una manera arbitraria, teniendo por única norma las opiniones más ó ménos aceptadas de los autores, y á graves peligros que comprometian sériamente los intereses de los ausentes.

Natural era que el Código civil procurara llenar tan peligroso vacío, inspirándose en la legislacion francesa, la primera en satisfacer á esa necesidad de la actual sociedad, y en los principios de la más estricta justicia.

La palabra "*ausente*" tiene diversas acepciones cuya confusion es preciso evitar.

Se llama *ausente*, en un sentido general, á aquella persona que se halla fuera de su domicilio, ó que no se encuentra en el lugar en donde su presencia es necesaria.

"*Absentem accipere debemus eum qui non est eo loco in quo petitur.*"

Pero en ambos casos no hay ninguna incertidumbre acerca de la existencia de la persona que se llama *ausente*, de la cual, solo se puede decir con propiedad que no está presente.

Hablando con propiedad, en el sentido jurídico, segun se infiere de la definicion que hemos dado de la ausencia, se llama *ausente* la persona que ha desaparecido de su domicilio, y cuya residencia actual se ignora, y por esta razon hay incertidumbre acerca de su existencia, que crece á medida que se prolonga este estado.

De aquí se infiere que no puede llamarse *ausente* al individuo que despues de haberse separado de su domicilio dá noticias suyas ó cuya residencia se sabe.

Las acepciones de que es susceptible la palabra "*ausente*" y la necesidad de fijar su sentido verdadero en la cuestion que nos ocupa, dió lugar á que los jnrconsultos franceses establecieran la distincion entre los individuos *no presentes*, *presuntos ausentes* y los *declarados ausentes*, perfectamente fundada en los tres estados en que pueden encontrarse los individuos á quienes se refieren.

Segun esa distincion, el *no presente* es el individuo que no está ac-

tualmente en su domicilio, ó en cualquiera otro lugar en donde su presencia es necesaria, pero sobre cuya existencia no hay duda, ya porque se sabe donde está porque se tienen noticias suyas; ya porque los motivos conocidos de su ausencia explican satisfactoriamente porque no se encuentra en donde se le necesita.

Las prescripciones del derecho relativamente á los ausentes, no se refieren á esta clase de individuos, sino á los *presuntos ausentes* y á los *declarados ausentes*.

El *declarado ausente* es aquella persona cuya existencia se ha hecho incierta á causa de su desaparicion inicitada de su domicilio, sin que se tengan noticias de ella. En otros términos, es aquella persona cuya residencia se ignora y de quien no se tienen noticias, por cuyo motivo es incierta su existencia.

El *declarado ausente* es el individuo que ha sido declarado ausente por sentencia judicial; y en el tecnicismo forense es el que se llama propiamente así.

Resulta, pues, que lo que caracteriza esencialmente la ausencia, es la incertidumbre de la existencia del ausente; porque es presumible igualmente que vive, por cuanto á que no hay constancia de su muerte, y que ha fallecido, porque no se tienen noticias de él.

Pero á medida que se prolonga esta situacion, aumenta la incertidumbre de la existencia del ausente, dando lugar á distinguir tres períodos de la ausencia:

- 1.º La presuncion de ausencia:
- 2.º La declaracion de ausencia:
- 3.º La presuncion de la muerte del ausente.

El primer período comprende el tiempo trascurrido desde la desaparicion de la persona ó desde la fecha en que se recibieron las últimas noticias suyas hasta la declaracion judicial de ausencia.

Este período comprende cinco años ó diez, segun que el ausente haya dejado ó no apoderado general para la administracion de sus bienes, más nueve meses que conforme á la ley son necesarios para la sustanciacion del juicio de declaracion de ausencia.

El segundo período comienza á contarse desde la fecha de la declaracion judicial de la ausencia, y dura treinta años.

El tercero comienza cuando el segundo concluye, y dura indefinidamente.

Como es de suponerse, cada uno de estos períodos tiene las reglas especiales que demandan las circunstancias que los caracterizan.

Así pues, en el primero predomina el interés del ausente, porque, siendo probable su regreso, la ley procura la conservación de sus bienes.

En el segundo, como es más remota la esperanza del regreso del ausente, la ley no permite que sus bienes permanezcan vacantes y sin dueño, y otorga la posesión provisional de ellos á los individuos á quienes les correspondería heredarle si hubiera fallecido el día de su desaparición, ó en la fecha en que se hayan recibido sus últimas noticias.

Pero esta posesión otorga á esos individuos facultades limitadas; pues solo les permite la administración de los bienes, mediante una fianza que asegura las resultas de ésta para el caso de regreso del ausente.

En el tercer período es improbable el regreso del ausente, y por lo mismo, la ley liberta á los individuos que tenían la posesión provisional de las restricciones que les impuso durante ella, y les otorga la posesión definitiva sin garantía alguna; pues la presunción de la muerte del ausente hace que predomine el interés de terceras personas y de la sociedad.

La ley ha reglamentado esta materia de suma importancia, muy especialmente por interés de los ausentes, bajo el supuesto de que viven; porque encontrándose en circunstancias excepcionales que les impiden dar noticia de su existencia y del lugar en que residen, y por lo mismo, administrar sus bienes, es preciso prestarles la protección de que necesitan, pues la sociedad está interesada en que esos bienes no se pierdan por falta de cuidado y de administración.

Además, el interés de terceras personas, tales como los acreedores y los socios, y el de los presuntos herederos del ausente, exigen medidas que concilien á la vez tales intereses y los de éste.

Vamos, pues, á ocuparnos del estudio de los preceptos legales relativos á cada uno de los períodos á que nos hemos referido, pero antes conviene advertir que las reglas que la ley establece respecto de

la ausencia son, ó especiales para cada uno de dichos períodos, ó generales, que se aplican á todos ellos, como las relativas á los derechos eventuales del ausente, y la prohibicion del cónyuge de contraer nuevo matrimonio.

## II.

### **Presuncion de ausencia. Medidas provisionales en este caso.**

En el primér período de la ausencia, la ley, como hemos dicho en el artículo que precede, se ocupa exclusivamente del interes de la persona que se presume ausente, y solo procura la administracion de sus bienes bajo tres condiciones

1.<sup>o</sup> Que el individuo se presuma ausente, para lo cual no basta que haya abandonado su domicilio y se ignore su residencia, sino que haya además duda ó incertidumbre acerca de si vive ó muere.

Como debe comprenderse fácilmente, la ley no ha podido establecer reglas sobre este punto, y ha dejado á la apreciacion de los tribunales las circunstancias que concurren en cada caso, para decidir si hay incertidumbre acerca de la existencia del presunto ausente.

2.<sup>o</sup> Que haya necesidad de proveer á la administracion de los bienes de éste, pues la intervencion judicial inoportuna le perjudicaria, lejos de serle útil, se convertiria en un atentado contra la propiedad, y nadie se atreveria á alejarse del lugar de su domicilio, temeroso de que la autoridad judicial violara el secreto de sus negocios, á pretexto de otorgar una debida proteccion á sus intereses.

3.<sup>o</sup> Que el presunto ausente no tenga un apoderado constituido, antes ó despues de su partida; pues si existe éste no hay necesidad de la intervencion judicial, porque le representa legalmente en sus negocios.

Esta condicion deja de existir cuando el negocio de que se trata sale del límite de las facultades otorgadas al apoderado, y cuando los intereses de éste se hallan en oposicion con los del presunto ausente.

Tampoco ha podido señalar la ley reglas sobre la segunda condición, sino que deja á la apreciación de los jueces las circunstancias que ocurran en cada caso para dictar de oficio la intervención de los bienes del ausente, si no hay instancia de parte.

En consecuencia, se tiene como presente para todos los efectos civiles al que se hubiere ausentado del lugar de su residencia ordinaria y tuviere apoderado constituido ántes ó despues de su partida; y por lo mismo, sus negocios se pueden tratar con el apoderado, hasta donde alcanza el poder. (Art. 696, Cód. civ.) (1)

Pero si una persona desaparece y se ignora dónde se halla y quien la representa, el juez, á petición de parte, ó de oficio, le debe nombrar un apoderado, y citarla por edictos publicados en los principales periódicos de la República, señalándole para que se presente un término que no baje de tres meses ni exceda de seis; de cuyos edictos debe remitir copia á los cónsules mexicanos en el extranjero, á fin de que les den publicidad de la manera que crean conveniente, y dictar las providencias necesarias. (Arts. 697 y 698, Cód. civ.) (2)

Resulta de lo expuesto, que tres son las providencias que debe dictar el juez en el primer período de la ausencia, y son:

- 1.<sup>o</sup> El nombramiento de un procurador del presunto ausente:
- 2.<sup>o</sup> Emplazar á éste por edictos publicados en la República y en el extranjero, para que se presente en un plazo de tres á seis meses:
- 3.<sup>o</sup> El aseguramiento de los bienes del ausente.

Se entiende que tales providencias solo pueden ser dictadas por el juez competente, que es el de primera instancia del último domicilio del ausente, y si se ignora cuál sea, el del lugar en donde se encuentren la mayor parte de sus bienes. (Art. 777 Cód. civ. y Art. 258, Cód. Proced.) (3)

(1) Artículo 598, Código civil de 1884.

(2) Artículos 599 y 600, Código civil de 1884. El primero de estos preceptos fué reformado, previniendo que se nombre un depositario de los bienes del ausente en lugar de un procurador. La reforma se hizo á pretexto de que el procurador no era propiamente un representante como lo indicaba el nombre, sino un mero depositario.

Tal fundamento es enteramente falso, pues el artículo 772 del Código de 1870, declara que el "representante" y los poseedores provisionales y definitivos, en sus respectivos casos, "tienen la legítima procuración del ausente, en juicio y fuera de él."

Pero lo más digno de notar es, que no obstante la reforma, cuando por la ley ya no tiene procurador ó representante el ausente sino depositario de sus bienes, sin facultades para representarlo en juicio, se reprodujo literalmente el precepto del artículo 772, mencionado en el 674 del Código de 1884.

(3) Artículo 679, Código civil y 201, Código de Procedimientos de 1884.

Se entiende además por partes interesadas para el efecto de pedir el nombramiento del procurador y el aseguramiento de los bienes del ausente, los acreedores y los socios de éste, los comuneros que poseen algunos bienes *pró indiviso* con él. En una palabra, todos aquellos que tienen alguna acción que ejercitar en concurrencia con el ausente ó contra él. (Art. 703, Cód. civ.) (1)

Pero no pueden contarse entre esas personas aquellos individuos que por afecto hácia el ausente se interesen en sus negocios, como sus amigos, ni aquellos que son sus presuntos herederos, por razón de parentesco, los cuales no pueden tener interés, supuesto que, no estando abierta la sucesión á su favor carecen de acción respecto de los bienes de aquel.

Se debe contar entre las personas con derecho para provocar aquellas providencias al Ministerio público, vigilante de la ley, y constituido por ella en defensor de los individuos imposibilitados de atender á sus intereses, como los incapaces, á fin de evitar su pérdida cuando nadie se presenta á gestionnar su aseguramiento y cuando los que gestionan tienen pretensiones perjudiciales al ausente.

Tal es el motivo por el que otorga el artículo 703 del Código civil acción al Ministerio público para pedir el nombramiento de procurador y representante del ausente.

Por razón de su oficio debe pedir también el Ministerio público que se nombre tutor dativo á los hijos menores que esten bajo la patria potestad del ausente, si no hay ascendiente que deba ejercerla conforme á la ley ni tutor testamentario ó legítimo. (Art. 699, Cód. civ.) (2)

El primer período de la ausencia comprende á su vez dos períodos, de los cuales podemos llamar verdaderamente provisional al primero, pues solo tiene por objeto el aseguramiento de los bienes y la provision de un procurador, cuyas funciones se limitan á conservar los bienes, cobrar rentas y réditos y otras gestiones urgentes. (Art. 700, Cód. civ.) (3)

(1) Artículo 605, Código civil de 1884.

(2) Artículo 601, Código civil de 1884.

(3) Artículo 602, Código civil de 1884. Reformado en los términos siguientes:  
"Las obligaciones y facultades de los depositarios, serán las que la ley asigna á los depositarios judiciales."



Este período verdaderamente transitorio dura el término por el cual se emplaza al presunto ausente, es decir, de tres á seis meses; pues si cumplido ese término, no comparece el llamado ni por sí ni por apoderado legítimo, ni por medio de tutor ó de pariente que pueda representarle, se procede al nombramiento de representante, lo cual debe hacerse también en el caso de que caduque el poder, ó sea insuficiente; porque entonces deja de haber apoderado. (Arts. 701 702, Cód. civ.) (1)

Desde el nombramiento del representante comienza el segundo período, cuya duracion puede prolongarse hasta la entrega provisional de la posesion, si ántes no se verifica alguno de los acontecimientos que ponen término á la situacion anormal del patrimonio del presunto ausente, de los cuales nos ocuparemos despues.

Así como para el nombramiento del procurador, tienen accion para pedir el del representante, el Ministerio público y cualquiera á quien interese tratar ó litigar con el ausente, ó defender los intereses de éste. (Art. 703, Cód. civ.) (2)

El ausente se equipara hasta cierto punto á los incapacitados; y éste es el motivo por el cual, á semejanza de éstos en el nombramiento de sus tutores, se le procuran las mayores garantías en el del representante, llamando de preferencia para este cargo á las personas unidas á él con los vínculos del mayor afecto, nacido del parentesco.

Así es que, el cónyuge ausente es representado por el presente; los ascendientes por los descendientes; y estos por aquellos: y á falta de estas personas recae el cargo de representante en el heredero presuntivo. (Arts. 704 y 705, Cód. civ.) (3)

Pero si el ausente es casado en segundas ó ulteriores nupcias, y hay hijos de matrimonio ó matrimonios anteriores, el juez debe hacer que el cónyuge presente y los hijos de los matrimonios anteriores nombren de comun acuerdo el representante; y si no estan conformes, el juez nombra libremente. Y en el caso de que solo hubiere varios herederos presuntivos del ausente con igual derecho, ellos mismos elegirán al que deba ser el representante; y si no se ponen

(1) Artículos 603 y 604, Código civil de 1884.

(2) Artículo 605, Código civil de 1884.

(3) Artículos 606 y 607, Código civil de 1884.

de acuerdo en la eleccion, la hace el juez, prefiriendo al que tenga mas interes por la conservacion de los bienes del ausente (Arts. 705 y 706, Cód. civ.) (1)

La analogía que la ley establece entre el representante del ausente y los tutores es tal, que le representa y es legítimo administrador de sus bienes, y tiene respecto de ellos las mismas obligaciones, facultades y restricciones que aquellos. (Art. 707, Cód. civ.) (2)

Tiene además las siguientes analogías con los tutores:

1.<sup>ª</sup> Disfruta de la misma retribucion que la ley señala á estos: (Art. 708, Cód. civ.) (3)

2.<sup>ª</sup> No pueden ser representantes de los ausentes los que no pueden ser tutores, exceptuando la mujer y la madre: (Art. 709, Cód. civ.) (4)

3.<sup>ª</sup> Las causas de excusa y de exclusion ó destitucion de la tutela son aplicables á los representantes de los ausentes. (Art. 710 y 711, Cód. civ.) (5)

En consecuencia, todas las reglas que hemos establecido respecto de la administracion de la tutela, garantía que debe otorgar el tutor, de las cuentas de la tutela, y causas de excusa y remocion de los tutores son perfectamente aplicables á los representantes.

De esta consecuencia se infiere, que los representantes son realmente unos tutores, á quienes se les debió dar este nombre, ya que se les impusieron las mismas restricciones y los mismos deberes, y se les otorgaron las mismas facultades que á éstos, á fin de evitar controversias perjudiciales, sobre si los representantes están sujetos ó no á la vigilancia de los curadores como lo están los tutores; y así se aumentarían las garantías de los ausentes.

A fin de procurar noticias y la comparecencia del ausente y de que llegue á su conocimiento el llamamiento judicial, tiene obligacion el representante, bajo la pena de remocion del cargo y de indemnizar los daños y perjuicios que se le sigan á aquel, de promover la publi-

(1) Artículos 607 y 608, Código civil de 1884.

(2) Artículo 609, Código civil de 1884.

(3) Artículo 610, Código civil de 1884.

(4) Artículo 611, Código civil de 1884.

(5) Artículos 612 y 613, Código civil de 1884.

cacion de edictos llamándole; cuya publicacion debe hacerse en los principales periódicos de la República, y en el extranjero por conducto de los cónsules mexitanos. Esta publicacion debe hacerse todos los años, en el dia que corresponda á aquel en que hubiere sido nombrado el representante, y se debe continuar por tres meses, con intervalo de quince dias, haciendo constar en los edictos el nombre y domicilio del representante y el número de años que faltan para que se cumplan los plazos de cinco y diez años que la ley señala para la declaracion de ausencia, segun que el presunto ausente dejó constituido ó no apoderado. (Arts. 713 y 715, Cód. civ.) (1)

Las medidas que se dictan por la autoridad judicial en el primer periodo de la ausencia tienen por objeto la conservacion de los bienes del ausente, presumiendo su existencia y su probable regreso; por cuyo motivo tienen tales providencias y el cargo del representante el carácter de provisionales y deben cesar cuando aquel regresa, nombra un apoderado ó fallece, y cuando espira el mencionado periodo.

Por esta razon acaba el cargo de representante, segun el art. 712 del Código civil, en los casos siguientes:

- 1.º Con el regreso del ausente:
- 2.º Con la presentacion de apoderado legitimo:
- 3.º Con la muerte del ausente:
- 4.º Con la posesion provisional. (2)

### III.

#### De la declaracion de ausencia.

En el primer período de la ausencia la posicion del ausente no produce ningun detrimento á sus intereses, y ántes por el contrario, las medidas judiciales para su aseguramiento hacen que produzcan, y que los productos se vayan capitalizando.

(1) Artículos 615 á 617, Código civil de 1884.

(2) Artículo 614, Código civil de 1884.

No sucede otro tanto en el segundo período, esto es, desde la declaración de ausencia; porque ésta dá lugar á que se otorgue la posesion provisional de los bienes del ausente á los herederos presuntivos, quienes hacen suya la mitad de los frutos y rentas que estos producen.

De manera que la declaracin de ausencia produce por consecuencia la pérdida de la mitad de los productos de los bienes del ausente, y por tanto, le causa un perjuicio; pero justo y necesario.

Durante el primer período, son igualmente inciertas la vida y la muerte del ausente, pues tanta razon hay para presumir la una como la otra; pero cuando á pesar del llamamiento judicial, hecho con la mayor publicidad, no se ha presentado por sí ó por apoderado, ni ha dado noticias suyas, se debe creer que ha fallecido, y entonces predomina la presuncion de su muerte.

La ley admite esa presuncion; pues de otra manera no abriria la sucesion á sus herederos, no permitiria que las personas que tienen derechos subordinados á la muerte del ausente los ejercitaran, ni interrumpiria la sociedad conyugal.

Pero esta presuncion es de efectos verdaderamente provisionales, pues no tienen el carácter de definitivos, y cesan cuando el ausente regresa ó dá noticias suyas.

La intencion del legislador no ha sido otra, que proveer de la manera más eficaz á la conservacion de los bienes del ausente, y por tal motivo, ha llamado á los herederos presuntivos de éste como depositarios y administradores de ellos, estimándoles interesados en ese objeto por ser sus presuntos propietarios.

Por consiguiente, la presuncion á que nos referimos produce sus efectos á favor de los intereses del ausente y de sus herederos presuntivos; pues se le conservan á aquel sus bienes, y éstos, por el cuidado y las molestias que demanda la administracion y depósito de ellos, hacen suya la mitad de sus productos.

Pero estos efectos no se obtienen, sino mediante la declaracion de ausencia, la cual solo se puede pretender pasados cinco años á contar desde el dia en que haya sido nombrado el representante si el ausente no dejó nombrado apoderado general para la administracion de sus bienes; pero si lo hubiere dejado, no puede pedirse la declara-

cion de ausencia sino pasados diez años, que deben contarse desde la desaparicion del ausente, si en ese período no se tuvieron ningunas noticias suyas, ó desde la fecha en que se hayan tenido las últimas. (Arts. 716 y 717, Cód. civ.) (1)

La razon de esta diferencia es perfectamente perceptible. La persona que se ausenta encomendando la administracion de sus bienes á un apoderado, se ha preparado para una larga ausencia, y su silencio nada tiene de inusitado, pues las medidas que tomó ántes de alejarse, le evitan la necesidad de dar noticias de su persona, y hacen presumir su regreso. Pero esta presuncion se debilita á medida que trascurren los años, hasta que llega á ceder ante la muerte del ausente, que nace despues de un largo período de tiempo.

Por el contrario, cuando el ausente no ha nombrado un procurador ó apoderado, su silencio no tiene una explicacion aceptable, si no es atribuyéndolo á la muerte, y por consiguiente, más pronto se debe perder la esperanza de su regreso.

Aunque el Código no hace ninguna limitacion, creemos sin embargo, que cuando el poder fué conferido por el ausente por un tiempo determinado, menor de diez años, puede pedirse la declaracion de ausencia cinco despues, contados desde la fecha en que se extinguió el poder.

La declaracion de ausencia puede pedirse vencido el plazo de los diez años, aun cuando el poder se haya conferido por mayor tiempo; porque siempre hay incertidumbre acerca de la existencia del ausente, y porque los preceptos de la ley deben prevalecer, aun cuando éste haya declarado que su mandato deberia subsistir á pesar de que no hubiere noticias suyas, pues no ha podido suspender á su arbitrio é indefinidamente el efecto de las leyes. (Art. 718 Cód. civ.) (2)

De lo expuesto y de los precedentes que establecimos al principio de esta lecciones, se infiere, que son indispensables las condiciones siguientes para que pueda hacerse la declaracion de ausencia:

- 1.ª Desaparicion del individuo de su domicilio:
- 2.ª Carencia absoluta de noticias suyas:
- 3.ª El lapso de cinco años contados desde el nombramiento de

(1) Artículos 618 y 619, Código civil de 1884.

(2) Artículo 620, Código civil de 1884.

representante, ó de diez á contar desde su desaparicion, si dejó nombrado apoderado general para la administracion de sus negocios.

Pasados cinco años desde la desaparicion del ausente, pueden pedir el Ministerio público y los que tengan interes en los bienes de aquel, que el apoderado garantice su manejo en los mismos términos que el representante, y el juez debe deferir á tal solicitud si hubiere un motivo fundado, esto es, si fuere sospechosa la conducta del apoderado. Si éste no quiere ó no puede otorgar la garantia, se tiene por terminado el poder; y se debe proceder al nombramiento de un representante en los términos que dejamos indicados. (Arts. 719 y 720, Cód. civ.) (1)

La declaracion de ausencia solo puede pedirse por las personas interesadas; por las cuales no podemos entender aquellas á quienes nos referimos al ocuparnos del primer período de la ausencia.

Cuando se trata de la presuncion de la ausencia, esto es, del primer período, las personas interesadas son las que tienen un interes adquirido desde ántes, porque no se trata de alterar el estado actual de las cosas; y ésta es la razon por la cual dijimos que los herederos presuntivos no son partes interesadas para promover las medidas provisionales para el aseguramiento de los bienes del presunto ausente.

Pero cuando se trata del segundo período, de la declaracion de ausencia, se intenta alterar el órden de cosas establecido, de cuya mutacion deben resultar derechos que no existian, y por tanto, solo pueden estimarse partes interesadas aquellas personas en favor de quienes nacen esos derechos.

Por este motivo carecen de accion los acreedores, pues lejos de obtener ventaja de la declaracion, les resulta perjuicio por la division provisional de los bienes del ausente y la pérdida de la mitad de sus productos que se aplican á sus herederos legítimos ó testamentarios, por virtud de la posesion provisional que se les otorga.

Pero tienen accion los herederos presuntivos del ausente y las demás personas que tengan derechos subordinados á la muerte de éste, á su vida ó su presencia.

---

(1) Artículos 621 y 622, Código civil de 1884.

Así es, que pueden pedir la declaracion de ausencia, segun el artículo 721 del Código: (1)

- 1.º Los presuntos herederos legítimos del ausente:
- 2.º Los herederos instituidos en testamento abierto:
- 3.º Los que tienen sus derechos ú obligaciones que depende de la vida, muerte ó presencia del ausente:
- 4.º El Ministerio público.

Esta magistratura tiene accion, por el interes de la sociedad á quien representa, el cual exige que los bienes del ausente no permanezcan en una situacion anómala indefinidamente

Si el juez encuentra fundada la demanda formulada por una de esas personas, debe mandar que se publique durante tres meses, con intervalos de quince dias en el periódico oficial y en los demás periódicos de la República que estime conveniente, y en el extranjero por medio de los cónsules mexicanos: y pasados seis meses desde la fecha de la última publicacion, y no ántes, si no hubiere noticias del ausente, ni oposicion de algun interesado, el juez debe declarar en forma la ausencia (Arts. 722 y 723, Cód. civ.) (2)

Esta publicidad de la demanda de declaracion de ausencia tiene por objeto hacer saber, si fuere posible, al ausente la situacion difícil en que se encuentra con relacion á sus bienes y su familia, y facilitarle los medios de hacerla cesar; y es la razon por la cual ordena la ley que la sentencia de declaracion de ausencia no se pronuncie ántes de que empiece el plazo de seis meses contados desde la última publicacion de la demanda.

Por consiguiente, la declaracion de ausencia solo puede hacerse á los cinco años ó á los diez, contados desde la desaparicion del ausente, segun que haya dejado ó no apoderado, más nueve meses que la sustanciacion de la demanda exige.

Si hay algunas noticias del ausente ú oposicion; el juez no puede declarar la ausencia sin repetir la publicacion de la demanda en los términos indicados, y hacer la averiguacion respectiva por los medios

(1) Artículo 623, Código civil de 1884.

(2) Artículos 624 y 625, Código civil de 1884.

que ofrezca el opositor y por los que el mismo juez crea oportunos. (Art. 724. Cód. civ.) (1)

La trascendental importancia de la declaracion de ausencia exige su publicidad, tantõ para que llegue á noticia del ausente, y evite sus efectos, como para que, si hay algunas personas que puedan dar noticia de la existencia de éste, las comuniquen á la autoridad judicial y se enerven medidas que le perjudican de alguna manera. Así es, que la declaracion se debe publicar tres veces en los periódicos con intervalo de quince días, remitiéndose copia á los cónsules para su publicidad en el extranjero; y ambas publicaciones se deben repetir de cinco en cinco años hasta que se declare la presuncion de muerte. (Art. 725, Cód. civ.) (2)

Ya se deja entender que la importancia del juicio de declaracion de ausencia no permite que el fallo que en él se pronuncie cause ejecutoria, sino que tiene las mismas instancias que el Código de Procedimientos otorga á los negocios de más interes. (Art. 726, Cód. civ.) (3)

## IV.

### De los efectos de la declaracion de ausencia.

La declaracion de ausencia, segun hemos dicho, altera el órden de cosas establecido, produciendo mutaciones radicales, ya con relacion á la persona del ausente, ya respecto de sus bienes.

Su silencio prolongado por tanto tiempo, no obstante el llamamiento judicial tantas veces repetido, hace que predomine la presuncion de su muerte; pues no puede explicarse de otra manera la carencia absoluta de sus noticias.

Este cambio debe producir naturalmente varios é importantes efectos de cuyo estudio vamos á ocuparnos.

(1) Artículo 626, Código civil de 1884.

(2) Artículo 627, Código civil de 1884.

(3) Artículo 628, Código civil de 1884.



Como en este segundo periodo predomina sobre la presuncion de la existencia del ausente la de su muerte, sin que por ella se tenga tal hecho como una verdad, la declaracion judicial de la ausencia, abre provisionalmente la sucesion de aquel á contar desde la fecha de su desaparicion, ó desde aquella en que se hubieren recibido sus últimas noticias; y con la misma calidad pueden ejercitar sus acciones todas aquellas personas que tienen sobre los bienes del ausente derechos subordinados á su muerte.

Por esta presuncion dominante en el segundo período, de cuyo estudio nos ocupamos, tiene obligacion la persona en cuyo poder se encuentre el testamento cerrado del ausente, como en los casos de una muerte real, de presentarlo al juez dentro de quince dias, contados desde la última publicacion del fallo que contiene la declaracion de ausencia: y el juez, de oficio ó á instancia de cualquiera que se crea interesado en el testamento, abrirá éste en presencia del representante del ausente, con citacion de los que promovieron la declaracion de ausencia y con las demás solemnidades prescritas para la apertura de los testamentos cerrados. (Arts. 727 y 728. Cód. civ.) (1)

El ejercicio de los derechos sobre los bienes del ausente subordinados á la condicion de su muerte dá lugar á la posesion provisional de esos bienes, la que puede ser solicitada por los poseedores de esos derechos, esto es, por las personas que tienen interes en la apertura de la sucesion del ausente.

Por tanto, pueden pedir la posesion provisional:

1.º Los herederos testamentarios y los legítimos del ausente al tiempo de su desaparicion ó de aquel en que se hayan recibido sus últimas noticias: (Art. 729, Cód. civ.) (2)

2.º Los legatarios:

3.º Los donatarios:

4.º Todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos que dependan de la muerte ó presencia de éste: (Art. 737, Cód. civ.) (3)

(1) Artículos 629 y 630, Código civil de 1884.

(2) Artículo 631, Código civil de 1884.

(3) Artículo 639, Código civil de 1884.

5.º A falta de los anteriores, el Ministerio público por la hacienda pública. (Art. 743, Cód. civ.) (1)

Los efectos de la declaracion de la ausencia relativamente á la apertura provisional de la sucesion del ausente se remontan hasta la fecha de su desaparicion ó de aquella en que se recibieron sus últimas noticias; porque no hay ninguna prueba de que haya vivido despues, y porque no hay ningun dato cierto para precisar la fecha del fallecimiento.

Por tanto, los individuos que habrian sido los herederos del ausente á haber fallecido el dia de su desaparicion ó de sus últimas noticias se convierten por efecto de la declaracion de ausencia en herederos provisionales, y deben ser puestos en la posesion provisional de los bienes de aquel. (Art. 729, Cód. civ.) (2)

El derecho de sucesion existe desde el momento de la desaparicion del ausente ó desde la fecha de sus últimas noticias, bajo la condicion suspensiva de la declaracion de la ausencia; pero por más que ese derecho sea condicional es trasmisible á los herederos del individuo que lo posee.

De donde se infiere, que, si los herederos testamentarios ó legítimos del ausente el dia de su desaparicion ó de sus últimas noticias, mueren ántes de la declaracion de ausencia, transmiten á sus herederos testamentarios ó legítimos el derecho de pedir y obtener la posesion provisional.

En consecuencia, el derecho para obtener ésta pertenece á los herederos del ausente el dia de la desaparicion de éste ó de sus últimas noticias, si viven en la fecha de la declaracion de ausencia, y en caso contrario á sus propios herederos testamentarios ó legítimos, con preferencia á otros herederos del ausente aun cuando sean de grado más próximo.

Así, por ejemplo, supongamos que el ausente tenia en el momento de su desaparicion ó de sus últimas noticias dos primos, y que uno de estos ha muerto dejando hijos: si se considerara el parentesco el dia de la declaracion de ausencia, habria que excluir á los hijos del

---

(1) Artículo 645, Código civil de 1884.

(2) Artículo 631, Código civil de 1884.

difunto, en virtud del principio que llama á las sucesiones á los parientes más próximos con exclusion de los más remotos; pero remontando la presuncion de muerte del ausente hasta la fecha de su desaparicion ó de sus últimas noticias, es evidente que el difunto tenia derecho á la sucesion y que al morir lo trasmitió á sus herederos.

Este ejemplo, enteramente arreglado á las prescripciones de la ley nos demuestra, que en virtud del efecto retroactivo de la declaracion de ausencia puede obtener la posesion provisional de los bienes del ausente una persona enteramente extraña á él, si ha sido instituida heredera del que lo era de aquel el dia de su desaparicion ó de sus últimas noticias.

Supongamos el caso en que el ausente tenia un hermano en las fechas indicadas, el cual murió ántes de la declaracion de ausencia, instituyendo su heredero á un amigo suyo, enteramente extraño á la familia. En este caso no pueden pretender la posesion provisional los parientes del ausente con perjuicio de dicho individuo, aunque no estuviera ligado con ningun vínculo de parentesco con éste, y por lo mismo, no fuera su heredero presuntivo en las fechas indicadas; porque es sucesor del hermano del ausente, cuyo derecho le trasmitió.

La apertura del testamento cerrado se funda en los mismos motivos que la posesion provisional, y el derecho hereditario que la ley otorga á los parientes del ausente, en la voluntad presunta de éste; pero la apertura del testamento no podia verificarse, segun el orden natural, ni existir ese derecho, ántes de la muerte del ausente.

Pero si por efecto de la declaracion de ausencia se ha anticipado la demostracion del fallecimiento de éste, mediante la presuncion legal de su verificativo que dá lugar á la posesion provisional, no hay motivo por qué no otorgarla á los legatarios.

Esta es la razon por la cual tambien se otorgó igual derecho á los donatarios y en general á todos los que tienen sobre los bienes del ausente derechos que dependen de la muerte ó presencia de éste: como el donante que ha estipulado que los bienes donados vuelvan á su dominio, si el donatario muere ántes que él, y el propietario de un fundo cuyo usufructo corresponde al ausente; pues extinguiéndose el usufructo por la muerte del usufructuario, es claro que la consolidacion de la propiedad está subordinada á la muerte del ausente.

Pero como pùdiera acontecer que los presuntos herederos del ausente no hicieran gestion alguna para obtener la posesion provisional, el Ministerio pùblico, defensor de los intereses de la sociedad y del ausente, puede pedir, ó la continuacion del representante, ó la eleccion de otro, que en nombre de la hacienda pùblica, éntre en la posesion provisional con arreglo á la ley, pues el fisco hereda, segun ella, á falta de herederos testamentarios ó legítimos. (Art. 743, Cód. civ.) (1)

Cuando los bienes del ausente admiten cómoda division y son varios los herederos, cada uno administra la parte que le corresponde, y en caso contrario eligen ellos mismos un administrador general; y si no se ponen de acuerdo, el juez le nombra, escogiéndole entre los mismos herederos: pero si una parte de los bienes es cómodamente divisible y otra no, se nombra el administrador general respecto de esta. (Arts. 730 á 732, Cód. civ.) (2)

Los herederos que no administran tienen derecho de nombrar un interventor, que tiene las facultades y obligaciones de los curadores y los honorarios que la ley señala á éstos, pero pagados por las personas que le nombran. (Art. 733, Cód. civ.) (3)

Los herederos á quienes se otorga la posesion provisional, reciben los bienes del ausente para guardarlos y administrarlos, pero con la obligacion de restituirlos si regresa, si ha instituido otros herederos, ó si se presentan parientes en grado más próximo, y por tanto, con mejor derecho.

En otros términos, los herederos que reciben la posesion de los bienes del ausente no son propietarios de ellos, sino encargados de guardarlos y administrarlos, con obligacion de restituirlos si el ausente se presenta, ó se prueba su existencia ántes de que sea declarada la presuncion de su muerte; pero percibiendo la mitad de los frutos y rentas de ellos, en recompensa de su administracion. (Art. 745, Cód. civ.) (4)

(1) Artículo 645, Código civil de 1884.

(2) Artículos 632 á 634, Código civil de 1884.

(3) Artículo 635, Código civil de 1870. Reformado su último inciso en los términos siguientes: "Su honorario será el que le fijen los que le nombren, y se pagará por éstos."

(4) Artículo 647, Código civil de 1884.

Por ese motivo están obligados á dar fianza que asegure las resultas de ésta, si fueren mayores ó estuvieren emancipados, pues si estuvieren bajo la patria potestad ó la tutela, deben prestar la garantía el padre ó el tutor; y tienen respecto de los bienes que reciban las mismas facultades y restricciones que éste. (Arts. 729 y 734, Cód. civ.) (1)

Por esta misma razon, cuando son varios los herederos que reciben la posesion provisional, tiene cada uno la obligacion de dar la garantía que corresponde á la parte de bienes que administra; los legatarios, donatarios y todos los que ejercitan derechos sobre los bienes del ausente dependientes de la muerte ó ausencia de éste, tienen que dar la misma garantía que los tutores para que entren al ejercicio de la tutela; y los que tienen con relacion al ausente obligaciones que deben cesar con la muerte de éste, pueden suspender su cumplimiento, pero mediante la misma garantía. (Arts. 735, 737 y 738, Cód. civ.) (2)

Finalmente, en el caso de que los herederos nombren un administrador general, porque los bienes cuya posesion se les otorga no admiten cómoda division, el administrador tiene obligacion de dar la garantía legal. (Art. 736, Cód. civ.) (3)

Si las personas obligadas á otorgar la garantía no pueden hacerlo, el juez les debe conceder el plazo de tres meses; y si al vencimiento de ese plazo no les fuere posible satisfacer esa obligacion, puede el mismo juez, segun las circunstancias de las personas y de los bienes, disminuir el importe de dicha garantía, pero de modo que no baje de la tercia parte de los siguientes valores: (Art. 739, Cód. civ.) (4)

1.º El importe de las rentas de los bienes raices y réditos de los capitales impuestos:

2.º El de los bienes muebles y de los enseres y semoviente de las fincas rústicas:

3.º El producto de las mismas fincas, graduados por peritos ó por el término medio de un quinquenio, á eleccion del juez:

(1) Artículos 631 y 636, Código civil de 1884.

(2) Artículos 637, 639 y 640, Código civil de 1884.

(3) Artículo 638, Código civil de 1884.

(4) Artículo 641, Código civil de 1884.

4.º El de las utilidades anuales en las negociaciones mercantiles ó industriales, calculadas por los libros, si están llevados en debida forma.

Entre tanto se otorga la expresada garantía, no cesa la administración del representante; pues no se entrega la posesion provisional si no es garantizando la devolucion de los bienes del ausente y la mitad de sus productos y rentas. (Art. 740, (Cód. civ.) (1)

Por razones que es muy fácil comprender, no están obligados á dar garantía:

1.º El cónyuge que, como heredero, éntre en la posesion de los bienes del ausente por la parte que en ellos le corresponda:

2.º El ascendiente que éntre en la posesion como heredero ó que administre los bienes de sus descendientes menores en el ejercicio de la patria potestad por la parte que á éstos ó á él corresponda. Si hubiere legatarios, el ascendiente y el cónyuge tienen obligacion de dar la garantía legal por la parte que á éstos corresponda, si no hubiere division, ni administrador general. (Art. 741, Cód. civ.) (2)

De lo que hemos dicho se infiere, que durante la posesion provisional los herederos son realmente administradores de los bienes que reciben, y por tanto, que solo pueden ejecutar válidamente por sí solos, actos de mera administracion.

Los actos que ejecutan fuera de los límites de sus facultades como administradores son nulos respecto del ausente; pero si no regresa ni se tienen noticias suyas y se ignora la época de su muerte, tales actos son válidos para las personas que los celebraron, porque los herederos que poseían los bienes del ausente se convierten en propietarios de ellos por la declaracion de la presuncion de la muerte de éste.

Parece inútil entrar en mayores detalles acerca de la validez de los actos de los herederos que han obtenido la posesion provisional de los bienes del ausente, porque teniendo respecto de ellos las mismas obligaciones, facultades y restricciones de los tutores, nos basta referirnos á cuanto hemos dicho respecto de los actos de éstos que impor-

(1) Artículo 642, Código civil de 1884.

(2) Artículo 643, Código civil de 1884.