

LAS TRES FASES DE LA AUSENCIA DE LAS PERSONAS EN ESPAÑA DESDE LA LEY 15/2015

THE THREE PHASES OF THE ABSENCE OF PEOPLE IN SPAIN SINCE THE LAW 15/2015

Inmaculada García Presas¹ – <https://orcid.org/0000-0002-0082-0485>

Resumen

En virtud del grado de desconexión que existe entre la persona y el lugar de su residencia habitual nos encontramos con una situación de mera desaparición – se presume la vida-, o bien con la declaración de ausencia legal – se duda sobre la vida-, o con la declaración de fallecimiento – se presume la muerte-. Tanto la incomunicación como la incertidumbre están presentes en las tres fases de la ausencia. En España, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce importantes cambios en la regulación de esta temática que consisten, fundamentalmente, en atribuir más funciones al letrado de la administración de justicia, en detrimento del juez; entre ellas destaca realizar el nombramiento tanto del defensor judicial del desaparecido como del representante del declarado ausente; declarar no solo el fin de la situación de ausencia legal sino también el fallecimiento de la persona, indicando la fecha desde la que se entiende que acontece la muerte; y acortar considerablemente los plazos para efectuar la declaración de fallecimiento, si la desaparición ocurre en circunstancias de riesgo.

Palabras Clave: Desaparición; incomunicación; incertidumbre; letrado de la administración de justicia; juez; notario

Abstract

By virtue of the degree of disconnection that exists between the person and the place of his habitual residence we find ourselves in a situation of mere disappearance – life is presumed – or with the declaration of legal absence – doubt about life-, or with the declaration of death – the death is presumed-. Both lack of communication and uncertainty are present in the three phases of absence.

In Spain, the Law 15/2015, of July 2, on Voluntary Jurisdiction, introduces important changes in the regulation of this subject, which basically consist in attributing more

¹ Este trabajo se realiza en el marco del grupo de investigación “Empresa, Consumo y Derecho” de la UDC, y del proyecto de investigación nacional “Menores migrantes en el arco mediterráneo: movilidad, sistemas de acogida e integración”. Profesora de Derecho Civil.Universidad de A Coruña. E-mail: i.garcia.presas@udc.es

functions to the lawyer of the administration of justice, to the detriment of the judge; these include the appointment of both the judicial defender of the disappeared person and the representative of the declared absent person; declare not only the end of the situation of legal absence but also the death of the person, indicating the date from which it is understood that death occurs; and considerably shorten the deadlines for making the declaration of death, if the disappearance occurs in circumstances of risk.

Keywords: Disappearance; lack of communication; uncertainty; lawyer of the administration of justice; judge; notary

Sumario: 1. Introducción. 2. Similitudes y diferencias en las distintas fases de la ausencia. 3. Principales cambios de la ley 15/2015. 3.1. Situación de mera desaparición. 3.2. Declaración de ausencia legal. 3.3. Declaración de fallecimiento. 3.4. Inscripción en el registro civil. 4. Conclusiones. 5. Referencias.

Recibido/Received 13.08.2019 – Aprobado /Approved 27.05.2019

1. INTRODUCCIÓN

El Código Civil español está formado por un título preliminar; cuatro libros; una disposición final estipulada en el artículo 1.976, que es el último del Código; trece disposiciones transitorias y cuatro disposiciones adicionales.

Las tres fases de la ausencia de las personas físicas se encuentran ubicadas en el libro primero del Código Civil que lleva por rúbrica “*De las personas*”, concretamente en el título octavo “*De la ausencia*” que, a su vez, se divide en tres capítulos.

El capítulo primero se denomina “*Declaración de ausencia y sus efectos*” y, en él, el primer artículo, que es el 181, se refiere a la fase inicial – la situación de mera desaparición – mientras que, todos los demás, es decir, desde el 182 hasta el 192, ambos incluidos, abordan la segunda fase – la declaración de ausencia legal o la ausencia en sentido estricto-

La rúbrica del capítulo segundo es “*De la declaración de fallecimiento*” y recoge los artículos 193 a 197, ambos incluidos. Finalmente, el título octavo del libro primero del Código Civil cuenta con un capítulo tercero que se concreta en el artículo 198 y alude a la inscripción en el Registro Civil.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce significativas modificaciones en varios de los preceptos del Código Civil que se refieren a las tres fases de la ausencia de las personas físicas.

2. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN LAS DISTINTAS FASES DE LA AUSENCIA

En España el Código Civil, en los artículos 181 a 198, contempla lo relativo a las tres fases de la ausencia de las personas físicas. Hasta fechas relativamente cercanas también se alude al respecto en los artículos 2.031 a 2.047 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (DÍEZ-PICAZO, GULLÓN, 2000, p. 279). Recientemente, la Ley 15/2015, en los artículos 69 a 77, establece una nueva

regulación de esta temática, introduciendo significativos cambios en el Código Civil que, desde entonces, están vigentes.

Las tres fases de la ausencia de las personas físicas – la situación de mera desaparición (artículo 181 del Código Civil y 69 de la Ley 15/2015), la ausencia en sentido estricto o declaración de ausencia (artículos 182 a 192 del Código Civil y 70 a 73 de la Ley 15/2015) y la declaración de fallecimiento (artículos 193 a 197 del Código Civil y 74 a 77 de la Ley 15/2015) – cuentan con autonomía propia, pudiéndose llegar a cada una de ellas sin haber pasado anteriormente por las otras, ya que funcionan de manera independiente y no son sucesivas entre sí (BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, 2017, p. 136). Debido a que cada fase atiende a problemas distintos también son diferentes las medidas que se adoptan en cada supuesto (PARRA LUCÁN, 2018, p. 225).

En todo caso se combinan dos elementos, que están presentes en muchas regulaciones positivas, se trata de la incomunicación y la incertidumbre. Ambos son la consecuencia de un previo desplazamiento y de la desaparición de la persona, dejando de estar localizable y de mandar noticias (LACRUZ BERDEJO, 2010, p. 222).

Así pues, en las diversas situaciones que se producen dentro de esta institución concurre como presupuesto básico la desaparición de la persona, pero varía el grado de desconexión existente entre ella y el lugar en el que reside normalmente (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2017, p. 136). Sin embargo, el presupuesto no es el simple hecho de que la persona no se encuentra en su residencia habitual, sino la imposibilidad de contactar con ella, al no ser factible la comunicación (PARRA LUCÁN, 2018, p. 223).

Además, en ninguna de las tres fases es posible demostrar la subsistencia o la muerte de la persona desaparecida, siendo este el sentido en el que hay que entender el significado de la palabra incertidumbre, cuando se utiliza en este contexto (CARRASCO PERERA, 2018, p. 171). La creciente incertidumbre que existe en cada una de las fases conlleva que haya un orden de gravedad, estabilidad o permanencia en las medidas que se estipulan. Así pues, en el primer supuesto, al entender que el individuo vive y va a reaparecer, se adoptan medidas que se caracterizan por la provisionalidad mientras que, en el segundo, debido a que surge la duda sobre la vida de la persona, se organiza un sistema en el que destaca la permanencia y, en el tercero, se declara la muerte, tras realizar los trámites oportunos, ya que se entiende que ya ha sucedido (MORENO QUESADA, 2017, p. 131).

En todo caso, resulta indiferente si la persona ha llegado a cualquiera de estas tres situaciones, de manera consciente y deliberada, abandonando su casa y su familia de forma voluntaria, o si son el resultado de cualquier otro acontecimiento, tal y como ocurre si se produce un secuestro o un rapto, un asesinato o una retención ilícita (LASARTE ÁLVAREZ, 2018, p. 226). Sin embargo, si bien en la mera desaparición late la presunción de que el desaparecido vive, en la declaración de ausencia la ley ya duda sobre la existencia del ausente y, en la declaración de fallecimiento, se presume la muerte.

Además, ninguna de las tres fases afecta a la capacidad de obrar de la persona, es decir, a la aptitud concreta para ejercitar los derechos y las obligaciones, ya que, si vive, la sigue teniendo intacta. No se trata de un estado civil ni produce modificación alguna en el ámbito de poder y de responsabilidad, simplemente se requiere que alguien se haga cargo de los asuntos, especialmente de los patrimoniales, ya que influyen en la propia persona y en los terceros (CARRASCO PERERA, 2018, p. 171). De este modo también están correctamente defendidos los cónyuges, los acreedores, los posibles herederos e incluso resulta protegido el interés público (LACRUZ BERDEJO, 2010, p. 222). Sin

embargo, mientras en la situación de mera desaparición fundamentalmente se amparan los intereses del desaparecido, en el caso de la declaración de ausencia legal se protegen los del individuo en cuestión, pero, además, los de otras personas (CARRASCO PERERA, 2018, p. 174).

3. PRINCIPALES CAMBIOS DE LA LEY 15/2015

El principal cambio que ocasiona la Ley 15/2015, en los artículos 69 y siguientes, con respecto a las tres fases de la ausencia, estriba en atribuir un mayor número de funciones a los secretarios judiciales – también llamados letrados de la administración de justicia desde la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial-, en detrimento de los jueces. Para conseguir este objetivo la Disposición Final Primera de la citada Ley modifica varios artículos del Código Civil: 181, 183, 185, 186, 187, 194, 196 y 198. A lo largo de este trabajo se explica, con cierto detenimiento, en que consiste la mayor intervención de estas personas, en cada una de las tres fases de la ausencia.

Si bien el cambio que se acaba de mencionar, y que a continuación se desarrolla, es el que interesa en relación con el tema objeto de estudio, la Ley 15/2015 prevé otras muchas medidas, entre las que cabe destacar (BOTANA, 2015, p. 20):

- La desjudicialización ya que se conceden al juez tan solo expedientes que versan sobre el interés público o el estado civil.

- Los procedimientos desjudicializados se caracterizan por la alternatividad porque es posible elegir entre acudir a los letrados de la administración de justicia, a los notarios o a los registradores de la propiedad y mercantiles.

- Predomina la heterogeneidad, puesto que se engloba un contenido variado, al diferenciarse entre los expedientes que se atribuyen a los jueces y a los letrados de la administración de justicia y los que se adjudican a los notarios y a los registradores de la propiedad y mercantiles.

- El ministerio fiscal interviene en los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al estado civil o condición de las personas o si están en juego los intereses de los menores de edad o de las personas que tienen la capacidad modificada por el juez o bien cuando la ley lo señala expresamente. Sin embargo, se disminuye la presencia, tanto de los abogados como de los procuradores, al requerirse su concurrencia únicamente si lo estipula la ley.

- A los letrados de la administración de justicia se les otorga la misión de impulsar y de dirigir los expedientes.

En efecto la Ley 15/2015, para lograr su principal objetivo, que es acabar con la lentitud que existe en la justicia civil, emplea dos vías que son complementarias: Una es la desjudicialización de muchas cuestiones que, con anterioridad, solventan los jueces y, la otra, trata de instaurar un procedimiento ordinario de jurisdicción voluntaria con la finalidad de otorgar una mayor agilidad y certeza jurídica al cauce procesal que tienen las personas para satisfacer sus derechos e intereses².

² <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/principales-novedades-de-la-ley-152015-de-jurisdccion-voluntaria>

Por lo tanto, desde la Ley 15/2015, la competencia sobre los expedientes de jurisdicción voluntaria es compartida entre los jueces y los letrados de la administración de justicia, ya que previamente tan solo corresponde a la autoridad judicial. Además, tras la citada Ley, muchos expedientes se convierten en notariales o en registrales, y dejan de ser de jurisdicción voluntaria, al no existir una jurisdicción voluntaria notarial o registral³.

3.1 SITUACION DE MERA DESAPARICIÓN

En la situación de mera desaparición destaca la provisionalidad sin que sea necesario que transcurra un plazo determinado, desde la desaparición y la falta de noticias, para el nombramiento del defensor judicial del desaparecido que, hasta la Ley 15/2015, su actuación se limita legalmente a lo estrictamente necesario –es decir a pagar deudas o a personarse en juicio–, y, tras la citada Ley, se amplían considerablemente sus funciones ya que se le pueden adjudicar facultades de representación en los actos que son económicamente convenientes para llevar a cabo la correcta administración del patrimonio, según se desprende del artículo 181 del Código Civil.

El citado precepto señala “En todo caso, desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias (...)”, lo que literalmente lleva a concluir que la ausencia de noticias se produzca en dichos lugares cuando lo correcto es que haya inexistencia de noticias sobre la persona, sin que tenga que ser necesariamente en el domicilio o en la última residencia. De hecho, en la práctica, no concurre la situación de mera desaparición en el caso de que se conozcan noticias de la persona en cuestión en un lugar diferente al que se indica en el precepto (CARRASCO PERERA, 2018, p. 171). Por ello, en 2015, cuando se efectúan modificaciones en la redacción del artículo 181 del Código Civil, también se debería haber aprovechado la ocasión para cambiar la expresión “en ella” por “de ella”, con la finalidad de que se entienda mejor lo que se pretende expresar (DÍEZ-PICAZO, GULLÓN, 2000, p. 280).

Igualmente es importante hacer hincapié en que el artículo 181 del Código Civil no se refiere al defensor judicial al que se alude en relación con los menores de edad y los incapacitados, en los artículos 299 y siguientes del citado texto legal, ya que, en el caso objeto de estudio, se trata de una persona que administra el patrimonio del desaparecido (O’CALLAGHAN MUÑOZ, 2008, p. 289).

En este sentido, el artículo 299 del Código Civil, establece que “Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

1º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere solo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

³ La Ley de la Jurisdicción Voluntaria: algunas ideas ante la Ley15/2015, en: <http://www.abogacia.es/2016/02/04/la-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria-algunas-ideas-ante-la-ley-152015/>

2º En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

3º En todos los demás casos previstos en este Código”.

Así pues, el supuesto que se recoge en el artículo 181 del Código Civil, en relación con el defensor judicial que existe ante la situación de mera desaparición, es uno de los que se pueden entender incluidos en el apartado tercero, del artículo 299, del Código Civil (DÍEZ-PICAZO, GULLÓN, 2000, p. 281). Asimismo, dentro del citado apartado de este precepto también es posible incorporar, entre otros, los siguientes casos: mientras tiene lugar la tramitación del procedimiento de remoción del tutor o del curador se nombra un defensor judicial, según señala el artículo 249 del Código Civil; o bien, con el objetivo de defender al demandado, como presunto incapaz o pródigo, si no se persona por sí mismo ni le defiende el ministerio fiscal, también entra en juego la figura del defensor judicial, tal y como estipula el artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; igualmente, se nombra un defensor judicial, en tanto no se resuelve sobre la excusa sobrevenida, alegada por el tutor, ya que, en este caso, ha de seguir ejerciendo la función y, si no lo hace, es cuando se produce el citado nombramiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 256.2 del Código Civil (O’CALLAGHAN MUÑOZ, 2008, p. 368).

Otra novedad que, la Ley 15/2015, introduce en el artículo 181 del Código Civil, consiste en que corresponde al letrado de la administración de justicia a través de decreto, y no al juez, tanto concretar la extensión de las facultades que se otorgan al defensor judicial como efectuar su nombramiento que se realiza, según señala este precepto, a instancia del ministerio fiscal o de la parte interesada –es el caso de los acreedores o de las personas que tengan un juicio pendiente con el ausente o algún interés relacionado con sus bienes-.

El cargo de defensor judicial siempre recae sobre una persona que es mayor de edad, respetándose el siguiente orden de preferencia: en primer lugar, el cónyuge no separado legalmente o de hecho, ante la inexistencia de cónyuge se nombra defensor judicial al pariente más próximo hasta el cuarto grado –es decir el mayor de los hijos, sin distinción alguna entre ellos, incluyendo los adoptivos-, en ausencia de hijos, el de mayor edad de los demás descendientes, a falta de unos y de otros, el ascendiente más próximo de menor edad, sin diferenciar por línea o por sexo, en su defecto, el mayor de los hermanos del desaparecido y, si no hay hermanos, el pariente colateral más próximo hasta el cuarto grado. En el supuesto de que no existan los parientes citados, el letrado de la administración de justicia puede designar para ocupar el cargo a la persona solvente y de buenos antecedentes, previa audiencia del ministerio fiscal.

Obviamente no es necesario nombrar un defensor judicial si el desaparecido “estuviese legítimamente representado”, lo que ocurre si es menor de edad o si se halla incapacitado judicialmente y, por lo tanto, se encuentra sujeto a la patria potestad de los padres o a la tutela de las personas que pueden desempeñar el cargo de tutor, “o voluntariamente conforme al artículo 183” tal y como acontece si deja encomendada por apoderamiento la administración de los bienes ya que, en este caso, todos los asuntos del desaparecido, sean o no urgentes, son atendidos por el apoderado, a no ser que sea preciso nombrar un defensor judicial porque el apoderado no tenga asignadas ciertas facultades entre las que se le otorgan o bien si cesa en sus funciones –al terminar el plazo para el que se le concede el poder o cuando fallece-.

En relación con la situación de mera desaparición, el artículo 71 de la Ley 15/2015, dispone que “1. En los casos de desaparición de una persona, si se solicitare por parte legitimada o por el ministerio fiscal, conforme al artículo 181 del

Código Civil, el nombramiento de un defensor, acreditados los requisitos que dicho precepto establece, se nombrará por el secretario judicial defensor a quien corresponda, previa celebración de comparecencia en el plazo máximo de cinco días desde la presentación de la solicitud, a la que se citará a los interesados y al ministerio fiscal y se oír a los testigos propuestos por el solicitante. 2. En caso de urgencia por seguirse perjuicio si se esperase para el nombramiento hasta la celebración de la comparecencia, el secretario judicial podrá designar de inmediato defensor a quien corresponda o a quien se proponga por el solicitante, así como adoptar medidas urgentes de protección del patrimonio del desaparecido, continuándose luego los trámites ordinarios del expediente que, en este caso, terminará por resolución por la que se ratifiquen o se revoquen el nombramiento y las medidas acordadas al inicio”.

3.2. DECLARACIÓN DE AUSENCIA LEGAL

La declaración de ausencia legal se efectúa con la finalidad de proveer con carácter estable la desaparición de la persona, lo cual es necesario porque, en este caso, no se produce únicamente la mera carencia de noticias (O`CALLAGHAN MUÑOZ, 2008, p. 289). Es la citada declaración la que ocasiona cambios en la condición del individuo, ya que deja de ser simplemente desaparecido, para convertirse en ausente en sentido estricto (ALBALADEJO, 2009, p. 330).

Únicamente se puede efectuar la declaración de ausencia legal cuando, desde las últimas noticias de la persona o, en ausencia de estas, desde la desaparición de la residencia habitual, transcurre un determinado periodo de tiempo, que es de un año, si el desaparecido no deja nombrado un apoderado general, es decir, con facultades de administración de todos los bienes – artículo 183, párrafo primero, del Código Civil-, o bien de tres años, si deja encomendada por apoderamiento la citada administración – artículo 183, párrafo segundo, del Código Civil-.

En relación con el último párrafo del citado precepto la Ley 15/2015 introduce ciertas modificaciones quedando redactado de la siguiente manera “La muerte o renuncia justificada del mandatario, o la caducidad del mandato, determina la ausencia legal, si al producirse aquellas se ignorase el paradero del desaparecido y hubiere transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias, y, en su defecto, desde su desaparición. Inscrita en el registro civil la declaración de ausencia, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente”.

Existe una gran generosidad en la legitimación para promover el expediente de declaración de ausencia legal ya que recae sobre “cualquier persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte” según se desprende del artículo 182 del Código Civil y 68.2 de la Ley 15/2015. Asimismo, se diferencia entre las personas que cuentan con la facultad de instar la declaración de ausencia legal y aquellas que tienen la obligación de hacerlo. En relación con estas últimas el citado precepto del Código Civil estipula que “Tiene la obligación de promover e instar la declaración de ausencia legal, sin orden de preferencia: Primero: El cónyuge del ausente no separado legalmente. Segundo: Los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado. Tercero: El ministerio fiscal de oficio o a virtud de denuncia”. Sin embargo, la doctrina considera de forma unánime que el carácter imperativo

previsto en este artículo es inoperante ya que, en caso de incumplimiento, no se produce ninguna consecuencia (LASARTE ÁLVAREZ, 2018, p. 230).

Además se abrevian los plazos y se modifica la publicidad del expediente, tal y como establece la Ley 15/2015 en el artículo 70.2 que indica que “el secretario judicial admitirá la solicitud (...) y ordenará publicar dos veces la resolución de admisión mediante edictos, con intervalo mínimo de ocho días, en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el Boletín Oficial del Estado y en el tablón del Ayuntamiento de la localidad en la que el ausente hubiere tenido su último domicilio”. En efecto se deroga el artículo 2.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que versa sobre la publicidad del expediente.

Entre las novedades que introduce la Ley 15/2015 también se encuentra la relativa al nombramiento del representante del ausente legal que se lleva a cabo por el letrado de la administración de justicia, mediante decreto, y no por el juez, tal y como sucede con anterioridad a la citada Ley.

Se distingue entre representantes legítimos y dativos y, dentro de los legítimos, también se diferencia entre plenos, privilegiados o propios y menos plenos, no privilegiados o impropios, en función de las obligaciones y los derechos que se les atribuye.

Son representantes legítimos plenos el cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o, de hecho, el hijo mayor de edad –teniendo preferencia los que conviven con el ausente y el mayor al menor – y el ascendiente más próximo de menor edad de una u otra línea. Dentro de los representantes legítimos menos plenos se encuentran los hermanos mayores de edad que convivieron familiarmente con el ausente, con preferencia del mayor sobre el menor. Únicamente es posible alterar este orden de prelación si existe una causa grave que lo recomienda, tal y como acontece, entre otros supuestos, si el cónyuge, por su edad y formación, no puede atender la representación patrimonial del ausente. Asimismo, en defecto o no presencia de las personas citadas o bien si concurre una situación de urgente necesidad, el letrado de la administración de justicia nombra a una “persona solvente de buenos antecedentes, oído el ministerio fiscal”, que puede tener o no entronque familiar con el ausente, siendo esta designación de segundo orden o subsidiaria.

Igualmente es importante hacer alusión a las funciones generales del representante del ausente, que se mencionan en los artículos 184.1 y 185 del Código Civil: la representación legal del declarado ausente respecto de los bienes dejados; la pesquisa de su persona –que significa que el representante ha de seguir las huellas del representado, sin considerarse su guardador-, la protección y la administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones, entendiéndose que la función principal del representante legal es la de conservar y defender el patrimonio del ausente, consiguiendo los rendimientos normales. Como garantía de esta función es preciso inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles. Algunas de estas obligaciones básicas del representante también sufren ciertos cambios que se encuentran recogidos en los artículos 71.1 y 73 de la Ley 15/2015.

Si bien los representantes legítimos plenos poseen las más amplias facultades de administración; los representantes legítimos menos plenos y los dativos cuentan con facultades de administración muy limitadas ya que solo pueden efectuar actos de administración hasta la cuantía que, en cada caso, estipula el letrado de la administración de justicia. Además, tienen la obligación de rendir cuentas cada seis meses al juzgado y de prestar la garantía o la fianza que el letrado de la administración de justicia estima oportuna.

En todo caso se trata de una representación general ya que el representante ha de asumir el conjunto de funciones y decisiones que corresponderían al ausente si estuviese presente, salvo las personalísimas e intransferibles como es el caso de la patria potestad sobre los hijos, la posición en el matrimonio o los derechos políticos.

La posición jurídica que corresponde a los representantes legítimos difiere de la de los dativos, tal y como se desprende del encabezamiento de los artículos 187 y 188 del Código Civil, que, a los primeros, concede una “posesión temporal” y, a los segundos, le otorga el mero “ejercicio de la representación dativa”. En consecuencia, en función del tipo de representación, varían los derechos que tiene el representante sobre el patrimonio del ausente (LASARTE ÁLVAREZ, 2018, p. 232). En este sentido se pronuncia el artículo 187 del Código Civil que, desde la Ley 15/2015, se redacta del siguiente modo “Si durante el disfrute de la posesión temporal o del ejercicio de la representación dativa alguno probase su derecho preferente a dicha posesión, será excluido el poseedor actual, pero aquel no tendrá derecho a los productos sino a partir del día de la presentación de la demanda. Si apareciese el ausente, deberá restituírsele su patrimonio, pero no los productos percibidos, salvo mala fe interviniente, en cuyo caso la restitución comprenderá también los frutos percibidos y los debidos percibir a contar del día en que aquella se produjo, según la declaración del secretario judicial”. Seguidamente el artículo 188 del Código Civil establece que “Si en el transcurso de la posesión temporal o del ejercicio de la representación dativa se probase la muerte del declarado ausente, se abrirá la sucesión en beneficio de los que en el momento del fallecimiento fuesen sus sucesores voluntarios o legítimos, debiendo el poseedor temporal hacerles entrega del patrimonio del difunto, pero reteniendo, como suyos, los productos recibidos en la cuantía señalada. Si se presentase un tercero acreditando por documento fehaciente haber adquirido, por compra u otro título, bienes del ausente, cesará la representación respecto de dichos bienes, que quedarán a disposición de sus legítimos titulares”.

Asimismo, también se ha de tener presente que la retribución que reciben los representantes legítimos se establece en función de la habilidad con la que cuentan para administrar el patrimonio del ausente, correspondiéndole, desde la Ley 15/2015, al letrado de la administración de justicia, y no al juez, la fijación de la cuantía en la que estos pueden “hacer suyos los productos líquidos” procedentes del citado patrimonio. En cambio, si se trata de representantes dativos, se produce una remisión a lo estipulado para el tutor, en el artículo 274 del Código Civil, que impone a la autoridad judicial la determinación de la retribución teniendo presente “el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes”.

En relación con lo que se acaba de exponer el artículo 71 de la Ley 15/2015 indica que “1. Practicadas las pruebas que se hayan estimado necesarias y finalizada la comparecencia, el secretario judicial, si por el resultado de la prueba procediera, dictará decreto de declaración legal de ausencia, nombrará el representante del ausente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 184 del Código Civil a quien le corresponderá la pesquisa de la persona del ausente, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones, y dispondrá cuanto proceda con arreglo a dicho Código, según el caso de que se trate.

2. Serán aplicables a los representantes dativos del ausente, en cuanto se adapten a su especial representación, las disposiciones establecidas en los capítulos

IV y VIII sobre nombramiento de los tutores, la aceptación, excusa y remoción de su cargo, la prestación de fianza y la fijación de su retribución, así como la obtención de autorizaciones y aprobaciones para la realización de determinados actos referidos a bienes y derechos del ausente, y su rendición de cuentas una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el secretario judicial”.

3.3. DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO

La declaración de fallecimiento conlleva la constatación oficial de la presunción de que la persona está muerta (PARRA LUCÁN, 2018, p. 237), a pesar de que no se pudo demostrar con la existencia del cadáver. No se descarta la reaparición, pero, mientras no suceda, se entiende que ha fallecido. Por lo tanto, se trata de una presunción “iuris tantum” ya que admite prueba en contrario.

Así pues, aunque la declaración de fallecimiento, al igual que la muerte, produce la extinción de la personalidad, prevista en el artículo 32 del Código Civil, los efectos que se desencadenan, en ambos casos, no son exactamente idénticos, ya que, los de la declaración de fallecimiento, no cuentan con un carácter tan absoluto y definitivo como los de la muerte, debido a que no se pueden apartar de la nota de provisionalidad y de la presunción de muerte, al existir siempre la opción de que la persona reaparezca (O’CALLAGHAN, 2018, p. 299). De hecho, después de la citada declaración, tan solo se generan efectos que son parcialmente idénticos a los de la muerte, es decir, se trata de los efectos del fallecimiento, pero atenuados, al no haber certeza absoluta sobre la muerte, simplemente altas probabilidades. En cambio, con carácter previo a la declaración de fallecimiento, tienen lugar efectos que son parcialmente iguales a los de la vida, puesto que se ocasionan los efectos de la vida, pero atenuados, ya que tampoco hay total seguridad acerca de la vida, únicamente grandes posibilidades (ALBALADEJO, 2009, p. 338).

Entre las modificaciones que incorpora la Ley 15/2015 también destaca el hecho de que es el letrado de la administración de justicia, y no el juez, quien declara el cese de la situación de ausencia legal, si se decreta anteriormente, así como el fallecimiento de la persona, señalando la fecha desde la que se entiende que sucede la muerte.

La declaración de fallecimiento tiene lugar en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, a instancia de las personas interesadas o del ministerio fiscal. En él se otorgan amplias facultades al letrado de la administración de justicia del juzgado de primera instancia competente, para que descubra las circunstancias en las que se encuentra la persona. El procedimiento termina con un decreto que es favorable o contrario a la citada declaración.

El artículo 195 del Código Civil exige que en la declaración de fallecimiento se contenga la fecha exacta a partir de la cual se entiende producida la muerte. La importancia de esta determinación estriba en que se presume que el ausente está vivo hasta ese momento, en el que se abre la herencia, con la finalidad de que le sucedan las personas a las que corresponde en esa fecha concreta.

Es preciso el transcurso de un largo plazo, desde las últimas noticias de la persona o, en ausencia de estas, desde la desaparición, para que tenga lugar la declaración de fallecimiento. Tiempo que es de diez años, y se reduce a cinco, debido a la vejez del desaparecido, si al expirar los cinco primeros años ya ha cumplido setenta y cinco. Estos periodos se computan desde el uno de enero del año

siguiente a aquel en el que acontecen los hechos, es decir, a partir de la terminación del año natural en el que hay las últimas noticias o acontece la desaparición.

La Ley 15/2015 abrevia considerablemente los plazos en varios supuestos de desaparición en circunstancias de riesgo modificándose, de este modo, la regulación del Código Civil. El plazo de dos años, a pesar de que continúa respecto de la participación en campañas bélicas, se recorta sustancialmente, sustituyéndose por el de un año, contado de fecha a fecha, en los supuestos de violencia contra la vida; por el de tres meses, si concurre un siniestro –es el caso de catástrofes naturales, accidentes laborales, incendios, explosiones-; por el de un mes cuando hay presunción de siniestro de nave por naufragio o desaparición por inmersión en el mar o siniestro de aeronave. Si en el naufragio de la nave o en el siniestro de la aeronave existen “evidencias racionales de la ausencia de supervivientes”, es posible que la declaración de fallecimiento sea inmediata, o bien a los ocho días si, a falta de “evidencias racionales de ausencia de supervivientes”, se encuentran restos humanos que no se pueden identificar.

En otro orden de cosas también es conveniente indicar que los artículos 75 y 76 de la Ley 15/2015 aluden a los “hechos posteriores a la declaración de ausencia y fallecimiento”, es decir, la reaparición o la constancia de la muerte.

Al no existir certeza acerca de la muerte del declarado fallecido, ya que no se ha visto el cadáver, siempre cabe la posibilidad de que reaparezca. Por ello, la ley, para simplificar la devolución de los bienes, estipula la cautela de que los herederos no tengan la facultad de disponer a título gratuito, hasta pasados cinco años desde la declaración de fallecimiento, aunque sí pueden llevar a cabo actos a título oneroso. Así pues, si los herederos realizan transmisiones gratuitamente, después de los cinco años, el reaparecido no puede recuperar los bienes donados, solo aquellos de los que se dispone a título oneroso, que los recupera en el estado en el que se encuentran y tiene derecho al precio de los vendidos, o a los bienes que con este precio se han adquirido; pero no puede reclamar de los sucesores las rentas, los frutos ni los productos conseguidos con los bienes de la sucesión, sino únicamente desde el día de su presencia o de la declaración de no haber fallecido.

En el ámbito personal el reaparecido recupera la patria potestad sobre los hijos que todavía son menores de edad. Además, en virtud de lo previsto en el artículo 85 del Código Civil desde la Ley 30/1981, la declaración de fallecimiento de uno de los esposos disuelve el matrimonio. En consecuencia, el otro cónyuge tiene la opción de celebrar uno nuevo, que sigue siendo válido, aunque el declarado fallecido reaparezca, pero, si prefiere no volverse a casar con una tercera persona, no se considera cónyuge del declarado fallecido y, si reaparece y quieren reanudar la convivencia conyugal entre ellos, tienen que contraer matrimonio otra vez.

Otra posibilidad es que la persona no reaparezca, sino que se demuestre su fallecimiento, y, en el caso de que se pruebe que la fecha de la muerte es diferente a la que se señala en la declaración de fallecimiento, es posible que sean otras las personas con derecho a sucederle requiriéndose, por lo tanto, que los bienes pasen a quienes en el momento de la muerte cierta habrían sido sus sucesores, si son distintos de los previstos en la declaración de fallecimiento.

3.4. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

La Ley 15/2015 también se ocupa de modificar el artículo 198 del Código Civil, que se refiere a la inscripción en el Registro Civil y está ubicado en el Libro I,

título VIII, capítulo III del Código Civil. Si bien en el Libro I “de las personas”, título VIII “de la ausencia”, el capítulo III, llevaba por rúbrica “del registro central de ausentes”, tras la citada Ley se denomina “de la inscripción en el registro civil”.

Hasta la Ley 15/2015 este precepto dispone que “En el Registro central y público de ausentes se hará constar:

1º. Las declaraciones judiciales de ausencia legal.

2º. Las declaraciones judiciales de fallecimiento.

3º. Las representaciones legítimas y dativas acordadas judicialmente y la extinción de las mismas.

4º. Mención circunstanciada del lugar, fecha, otorgantes y notario autorizante de los inventarios de bienes muebles, y descripción de inmuebles que en este título se ordenan.

5º. Mención circunstanciada del auto de concesión y del lugar, fecha, otorgantes y notario autorizante de las escrituras de transmisiones y gravámenes que con licencia judicial efectúen los representantes legítimos o dativos de los ausentes.

6º. Mención circunstanciada del lugar, fecha, otorgantes y notario autorizante de la escritura de descripción o inventario de los bienes, así como de las escrituras de partición y adjudicación realizadas a virtud de la declaración de fallecimiento o de las actas de protocolización de los cuadernos particionales en sus respectivos casos”.

Desde la Ley 15/2015 cambia considerablemente la redacción del artículo 198 del Código Civil ya que, actualmente, estipula que “En el Registro Civil se harán constar las declaraciones de desaparición, ausencia legal y de fallecimiento, así como las representaciones legítimas y dativas acordadas, y su extinción.

Asimismo se anotarán los inventarios de bienes muebles y descripción de inmuebles que en este título se ordenan, los decretos de concesión y las escrituras de transmisiones y gravámenes que efectúen los representantes legítimos o dativos de los ausentes; y la escritura de descripción o inventario de los bienes, así como de las escrituras de partición y adjudicación realizadas a virtud de la declaración de fallecimiento o de las actas de protocolización de los cuadernos particionales en sus respectivos casos”.

Por lo tanto, la Ley 15/2015 también prevé la modificación del artículo 198 del Código Civil con la finalidad de dejar constancia, en el registro civil, de las declaraciones de desaparición, ausencia legal y fallecimiento, así como las representaciones tanto legítimas como dativas y su extinción.

4. CONCLUSIONES

– En las tres fases de la ausencia de las personas físicas se observan dos elementos: la incomunicación y la incertidumbre, ya que las personas desaparecen, dejan de estar localizables y se desconoce su paradero.

– En la situación de mera desaparición, late la presunción de que el desaparecido vive; en la declaración de ausencia legal o ausencia en sentido estricto, se duda sobre la vida, y, en la declaración de fallecimiento, se presume la muerte.

– Las tres fases de la ausencia de las personas físicas son independientes entre sí, ya que tienen autonomía propia, pudiéndose llegar a cada una de ellas sin haber pasado por la fase anterior.

– Cada fase de la ausencia de las personas físicas aborda problemas diferentes por lo que son distintas las medidas que se adoptan en cada caso.

– La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce importantes cambios en el Código Civil español, en relación con las tres fases de la ausencia de las personas físicas.

– Tras la Ley 15/2015 se otorgan más funciones a los letrados de la administración de justicia (antiguos secretarios judiciales) en detrimento de la autoridad judicial: se ocupan de llevar a cabo el nombramiento del defensor judicial del desaparecido y del representante del declarado ausente y, también, se encargan de declarar el fin de la situación de ausencia legal y el fallecimiento de las personas físicas.

– Desde la Ley 15/2015 se reducen significativamente los plazos para efectuar la declaración de fallecimiento de las personas físicas en varios supuestos de desaparición en circunstancias de riesgo: el plazo de dos años, se abrevia sustancialmente, sustituyéndose por el de un año, contado de fecha a fecha, en los casos de violencia contra la vida; por el de tres meses, si concurre un siniestro; por el de un mes cuando hay presunción de siniestro de nave por naufragio o desaparición por inmersión en el mar o siniestro de aeronave. Si en el naufragio de la nave o en el siniestro de la aeronave hay “*evidencias racionales de la ausencia de supervivientes*”, es factible que la declaración de fallecimiento sea inmediata, o bien a los ocho días si, en defecto de “*evidencias racionales de ausencia de supervivientes*”, se hallan restos humanos que no es posible identificar.

5. REFERENCIAS

ALBALADEJO, M., *Derecho civil I. Introducción y parte general*, editorial Edisofer s.l., Madrid, 2009.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, editorial Bercal s. a., Madrid, 2017.

BOTANA, G. A., “La Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Civil*, 11 (2015), p. 20-24.

CARRASCO PERERA, A. (dir.), *Derecho civil. Introducción, fuentes, derecho de la persona, derecho subjetivo, derecho de propiedad*, editorial Tecnos, Madrid, 2018.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, editorial Tecnos, Madrid, 2000.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* (revisión y puesto al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J.), *Elementos de Derecho civil. Parte general. Personas*, sexta edición, editorial Dykinson, Madrid, 2010.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008.

PARRA LUCÁN, M. A., “La ausencia”, en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso de Derecho civil (I). Derecho de la persona*, editorial Edisofer s.l., Madrid, 2018, p. 223-240.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (revisión y puesto al día con la colaboración de YAÑEZ VIVERO, F., DONADO VARA, A., JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.), *Parte general y Derecho de la persona. Principios de Derecho civil I*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2018.

MORENO QUESADA, B., “Localización jurídica de la persona”, en SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coord.), *Curso de Derecho civil I. Parte general y Derecho de la persona*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 129-134.