



DOMICILIO Y AUSENCIA

(Notas sobre los artículos 42 a 61 del
Código Civil, según reforma de
7 de noviembre de 1973).

Dr. Víctor Pérez Vargas

CONTENIDO:

PARTE I: EL DOMICILIO.	74
Ideas generales.	74
Domicilio y residencia.	74
Domicilio legal - domicilio voluntario.	75
Domicilio civil - domicilio político.	76
Unidad del domicilio de las personas físicas.	76
Domicilio de las personas jurídicas.	76
Cambio de domicilio.	76
Domicilio especial.	77
Renuncia del domicilio.	77
Reglas especiales.	77
PARTE II: LA AUSENCIA.	78
Notas históricas.	78
Ausencia. Sentido técnico.	78
Valor en juego.	78
Grados.	78
1) Medidas provisionales anteriores a la declaratoria de ausencia.	79
2) La declaración de ausencia y sus efectos.	80
3) La presunción de muerte y sus efectos.	81

P A R T E I

E L D O M I C I L I O

Ideas generales.

Existen reglas jurídicas para la determinación de los lugares donde se pueden hacer efectivas las situaciones jurídicas (entendidas como valoraciones jurídicas de posibilidad o necesidad de comportamientos) públicas o privadas; se entiende aquí "lugar" como sinónimo de ámbito territorial socio-jurídico.

La división en zonas que se realiza en todo el país condiciona estas reglas. El origen de esta zonificación puede encontrarse en los comunes intereses que ligan a los sujetos que habitan un ámbito espacial determinado, intereses que pueden ser de muy diversos tipos, pero que jurídicamente pueden ser divididos en dos grandes categorías: compartidos, que tienden a adquirir carácter público y complementarios o privados que normalmente se manifiestan por medio de la contratación.

Estas distintas agrupaciones socio-territoriales son centros de poder que a su vez pueden encontrarse comprendidos en otros ámbitos espaciales que son centros de poder más fuertes (ejemplos de ello pueden encontrarse en toda la historia: imperio-reyes; tribus indígenas tributarias de otras; gobierno colonial hispanoamericano-Reino español, etc.) con lo que se revela el substrato del principio de la jerarquización administrativa. De este

modo, administrativamente, unos centros dependen de otros (ejemplo: Provincia, cantón, distrito). Los sujetos pueden así ubicarse en ámbitos geográficos de división administrativa (1). Del mismo modo la administración de justicia está organizada otorgando a sus funcionarios (Jueces, Alcaldes, etc.) una "competencia territorial" para la resolución de los conflictos de intereses dentro de una determinada zona.

Lo interesante es que con base en la división territorial administrativa del país se establece el domicilio de los sujetos al efecto de que ahí puede exigírseles el cumplimiento de sus obligaciones públicas y privadas. En esto consiste su importancia práctica (2).

Domicilio y residencia.

El sentido jurídico-técnico del concepto de domicilio no siempre coincide con el uso corriente de este término. En el lenguaje común domicilio es el lugar donde uno vive, siendo por ello sinónimo de residencia (3). Etimológicamente la palabra tiene un significado análogo por su derivación del latín "domus" que significa casa (4). Sin embargo, repetimos, jurídicamente domicilio no coincide necesariamente con residencia (5).

Una persona, pues, puede residir temporal-

(1) Puede consultarse la División Territorial Administrativa de Costa Rica.

(2) Se ha resumido la importancia práctica del domicilio considerándose que éste tiene sentido en función de diversos intereses: identificación de la persona y determinación de las medidas de publicidad relativas al estado de dicha persona, envío de notificaciones y determinación de la competencia de los tribunales, ejercicio de ciertos derechos. Vol. I. La Ley-ed. Buenos Aires, 1963, pág. 68. Se ha dicho también que el interés fundamental es el de facilitar la individualización de la persona, además de otros aspectos tales como los relativos a la publicidad de los actos referentes al estado civil (edictos en caso de matrimonio) V. MAZEAUD, MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil* Parte I. Vol. II, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959, págs. 160 y 161. Otro autor resume estos diferentes aspectos en función de la necesidad de fijar la sede jurídica de la persona, donde se le considera presente para el cumplimiento de sus derechos y obligaciones, CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*. S. MARTIN. Madrid, 1959, pág. 222. Se citan como efectos del domicilio: el envío de comunicaciones, la determinación de la competencia, el ejercicio de ciertos derechos, la publicidad de los actos relativos a las personas, etc. PLANIOL, Marcel. "*Traité élémentaire de Droit Civil*"; Tome Premier. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1920, pág. 198. En general se habla de un interés del ordenamiento a localizar a las personas. SANTORO PASSARELLI, F.: *Doctrinas Generales del Derecho Civil* Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1964, pág. 8. Otros aspectos importantes son los relativos al lugar de apertura de la sucesión, a la presunción de ausencia, al voto, etc. RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Reus. Madrid, págs. 389-391. Algunos autores con base en un enfoque relacionista hablan de la importancia del domicilio para la regulación de las relaciones de la vida jurídica. CANDIAN, Aurelio, *Instituciones de Derecho Privado*. UTEHA, México, 1961, pág. 61. Analiza estos efectos MESSINEO, Francesco. "*Manual de Derecho Civil y Comercial*," Ediciones Jurídicas América-Europa; Buenos Aires, 1971, pág. 133.

(3) V. MAZEAUD, MAZEAUD. Op. cit. págs. 160, 161.

(4) BRENES CORDOBA, Alberto. "*Tratado de las Personas*". Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1925, pág. 81. En latín "domicillium" significa "morada". RIPERT Y BOULANGER, op. cit., pág. 62.

(5) PLANIOL. Op. cit., pág. 196. MESSINEO, op. cit., pág. 134. La distinción se ha hecho en el sentido de que domicilio es el lugar donde la persona tiene su sede principal mientras que la residencia es su morada habitual. TORRENTE, Andrea, "*Manuale di Diritto Privato*". Giuffrè-Ed. Milano, 1970, pág. 82. La diferencia se ha hecho también en base a la fijeza o estabilidad del domicilio que no siempre se desplaza junto con la persona, lo que si

Domicilio civil - domicilio político.

En términos generales domicilio es pertenencia a una zona que el Derecho asigna a cada persona para específicos fines jurídicos. Es la sede jurídica de la persona (13). Los fines referidos son principalmente civiles y políticos. Por ello se ha hablado de domicilio civil (por ejemplo el lugar para demandar) y de domicilio político (el lugar para votar en elecciones públicas) (14).

Unidad del domicilio de las personas físicas.

Nuestro Código Civil define el domicilio civil de la persona física como "el lugar donde ha establecido la sede principal de sus negocios e intereses. A falta de éste, el lugar donde se halle", (art. 42 C.C.).

El concepto de "sede principal" tiene un sentido amplio (15) y el sujeto es libre en lo relativo a su escogencia a pesar de que lo determine el Estado, pues las personas pueden cambiarlo si lo quieren; sin embargo nadie puede tener más de un domicilio; recordemos que se habla de sede principal (16). En algunas legislaciones, sin embargo, es permitida la pluralidad de domicilios (17).

Domicilio de las personas jurídicas.

Con relación a las personas jurídicas existe la regla de que su domicilio "es el lugar donde está

situada su dirección o administración, salvo lo que se dispusiere por sus estatutos o leyes especiales. . ." (art. 43).

Cambio de domicilio.

Dada esta libertad que tienen los sujetos en cuanto a la determinación del domicilio voluntario (18) veamos cómo queda constatado el hecho de que una persona cambia de domicilio. En principio basta comunicarlo a la autoridad administrativa del lugar que se abandona y a la del lugar al que se llega o bien, puede deducirse de circunstancias que revelen indudablemente que se ha tratado de un nuevo "establecimiento". Doctrinalmente se exigen dos requisitos, uno intencional y otro material (19).

"Art. 44 C.C.: El cambio de domicilio para las personas físicas se efectúa por su traslado a otro lugar con intención de fijar allí la sede de sus negocios e intereses. La prueba de la intención resulta de declaración hecha, tanto del funcionario competente del lugar que se abandona, como del lugar donde se traslada el domicilio. A falta de declaración expresa, la prueba de la intención dependerá de las circunstancias". La eficacia opera desde que se hace el traslado y se manifiesta la intención de trasladarse, sin que sea necesario esperar un determinado tiempo (20).

- 1) El de las mujeres casadas que no estén separadas legalmente de sus maridos, que será el que éstos tengan (art. 64).
 - 2) El de los hijos constituidos en potestad, que será el de sus padres (art. 64).
 - 3) El de los menores o incapacitados sujetos a tutela, que será el de los guardafores (art. 64).
 - 4) El de los comerciantes en todo lo que concierne a actos mercantiles.
 - 5) Empleados donde trabajen.
 - 6) Militares donde presten servicio.
- ESPIN CANOVAS, op. cit. pág. 247.
- (13) Esta definición fue originalmente planteada por BAUDRY-LACANTINERIE. V. GRIOLET VERGE, op. cit., pág. 294. En el mismo sentido se ha hablado de "asiento legal de la persona" V. MAZEAUD, MAZEAUD, op. cit. 157. V. tamb. PLANIOL, op. cit., pág. 196. La figura primaria tiene como elemento el lugar donde la persona tiene la sede principal, de sus negocios e intereses. SANTORO PASSARELLI, op. cit., pág. 8.
 - (14) Este último está determinado por las leyes electorales que normalmente atienden al domicilio civil. En Francia está fijado por el Code des lois admin. anotees, T. I. X, V Elections. V. GRIOLET VERGE. Op. cit., pág. 295.
 - (15) Se ha dicho que es el "lugar donde una persona ha establecido el asiento principal de su vivienda y sus negocios" RIPERT Y BOULANGER. Op. cit., pág. 62. Establecimiento principal significa el centro de los negocios, de la actividad, de los intereses de la persona". MAZEAUD, MAZEAUD. Op. cit., pág. 165. V. tamb. RUGGIERO. Op. cit., pág. 395.
 - (16) El concepto de "sede principal" es un concepto exclusivo, en el sentido de que toda persona tiene solamente un domicilio general. GRIOLET VERGE. Op. cit. pág. 296. Cada persona tiene sólo un domicilio y necesariamente ha de tener un domicilio. MAZEAUD, MAZEAUD. Op. cit., pág. 158.
 - (17) Por ejemplo en El Salvador, Chile, Uruguay; pero, en nuestro país se sigue el sistema francés de la unidad de domicilio. V. RIPERT Y BOULANGER, op. cit., pág. 60. En estos ejemplos se trata de domicilios especiales.
 - (18) PLANIOL. Op. cit., pág. 211.
 - (19) Así: RIPERT Y BOULANGER, op. cit., pág. 73, MAZEAUD, MAZEAUD. Op. cit., pág. 159, ESPIN. Op. cit. 244, GRIOLET VERGE, op. cit., pág. 301. Se ha dicho que para el domicilio es necesario el hecho del traslado y el animus. TRABUCCHI, op. cit., pág. 106.
 - (20) BRENES CORDOBA. op. cit., pág. 85.

Domicilio especial.

A pesar del principio de la unitariedad del domicilio el Derecho permite domicilios especiales (21) para determinados fines (22) (pero solamente, repetimos, se puede tener un domicilio general) (23). La fijación del domicilio especial se hace negocialmente y para ser eficaz debe constar en documento público (sea escritura pública ante notario o documento privado reconocido judicialmente). Debe anotarse que solamente vale entre las partes contratantes (aunque pueda constar para terceros en el Registro Público) (24). Dice al respecto el Código Civil en su artículo 45: "Se podrán establecer domicilios especiales por ley o por acto jurídico. En este último caso la elección es válida si se hace en documento público; y si lo fue en documento privado, desde que éste sea reconocido. No puede dejarse a un tercero el encargo de elegir un domicilio especial.

Renuncia del domicilio.

La renuncia del domicilio, si no va acompañada de elección de alguno especial, autoriza a la otra parte para accionar en el domicilio que tenía el renunciante cuando celebró el contrato o en el suyo".

Vemos que además de la fijación negocial referida de un domicilio especial es permitida la renuncia a domicilio, para el efecto de que el sujeto pueda ser demandado judicialmente en un lugar distinto a aquel en que tiene su domicilio (25). El anterior principio se encuentra limitado pues sólo podrá ser demandado en el domicilio que tenía este sujeto cuando celebró el contrato o en el do-

micilio del acreedor. Así, la renuncia a domicilio no significa que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación en cualquier lugar (26).

Reglas especiales.

Además de los principios expuestos, en materia de domicilio, existen algunas reglas especiales (27).

En materia de sucesiones será el último que tuvo el causante, o si no se conoce, el lugar donde esté la mayor parte de sus bienes, art. 48 C.C.: "El domicilio de la sucesión de una persona es el último que ésta tuvo; y en el caso de no poderse saber cuál era, el lugar donde esté la mayor parte de sus bienes". En relación con las personas jurídicas (sociedades, asociaciones, etc.) será el que fije su estatuto o leyes particulares y si no se ha fijado, entonces el domicilio es donde funcione su gerencia, administración o junta directiva.

En cuanto a los contratos llevados a cabo por sucursales de personas jurídicas se tiene por domicilio el lugar en que se encuentren estas agencias o sucursales (28). Expresa el Código Civil (art. 43: "Cuando tenga agentes o sucursales permanentes en lugares distintos de aquel en que se halle la dirección o administración se tendrá también como su domicilio el lugar de la sucursal o agencia respecto a los actos o contratos que ejecuten o celebren por medio del agente".

Otra regla especial existe con respecto a "las personas reclusas en un establecimiento carcelario, correccional o de otra índole —quienes— tendrán por domicilio el de dicho establecimiento, mientras permanezcan en él" (art. 47 C.C.).

-
- (21) Este domicilio especial puede llamarse también domicilio de *elección* y sirve para fijar la competencia de los tribunales. RIPERT Y BOULANGER, op. cit. También se les ha llamado domicilios *secundarios* y se ha dicho que ellos constituyen una atenuación al principio de la unidad del domicilio MAZEAUD, MAZEAUD. Op. cit., pág. 173. Lo denomina *electivo* o *especial para ciertos actos*. SANTORO PASSARELLI op. cit., pág. 9. V. también BARBERO, op. cit., pág. 173. RUGGIERO, op. cit., pág. 399, 400. PLANIOL, op. cit., pág. 197.
- (22) Sólo rige para ciertos efectos relativos a determinadas relaciones jurídicas, ESPIN, op. cit., pág. 246.
- (23) Se trata de domicilios especiales para determinados negocios; el general, en cuanto principal es único. TORRENTE. Op. cit., pág. 83.
- (24) BRENES CORDOBA. Op. cit., pág. 86.
- (25) BRENES CORDOBA, op. cit., pág. 86.
- (26) Vemos en esta hipótesis la importancia de la noción de domicilio en materia de procedimientos civiles. V. TORRENTE. Op. cit., p. 84. Sirve pues para fijar la competencia. COLIN Y CAPITANT. Op. cit., vol. I. pág. 902.
- (27) BRENES CORDOBA, op. cit., págs. 86, 87.
- (28) Los tribunales franceses han considerado a las sucursales de una sociedad como domicilios especiales. MAZEAUD, MAZEAUD, op. cit., pág. 158. Este criterio no parece correcto pues no es una fijación negocial para un determinado efecto jurídico, por lo que no puede considerarse como domicilio especial. Esta regla relativa a las sucursales simplemente se justifica por razones prácticas.

PARTE II

LA AUSENCIA

Notas históricas.

De la ausencia en sentido jurídico, en las fuentes romanas encontramos solamente esporádicas alusiones (Constantino, Cód. 5, 17, 7; Justiniano, Nov. XXII, 14, Paulo Dig. 23, 2, 10), pero no existe acerca de la misma un tratamiento sistemático. Ya en la Edad Media encontramos algunos tentativos de regulación comprensiva de la materia. Con los glosadores se ponen las bases de la posterior regulación (Bartolo, Alciato, Menochio, Fabio), pero no es sino hasta la codificación francesa que se produce la contribución sustancial para la reconstrucción del instituto (29).

Ausencia. Sentido técnico.

El término "ausencia" en el sentido que tiene en el vocabulario corriente no coincide plenamente con el concepto técnico jurídico del mismo nombre (30). Por ausencia se entiende, en su empleo usual, la falta de presencia de un sujeto en un lugar (31). En cambio, jurídicamente, es "el estado de una persona que desaparece del lugar de su domicilio, sin que se tenga noticia de su paradero y cuya existencia, por lo mismo, llega a ser incierta" (32).

Valor en juego.

Esta situación de hecho tiene relevancia jurídica pues, dudándose de la misma existencia de un

sujeto que es titular de situaciones jurídicas activas o pasivas, el Derecho interviene regulando lo relativo a los intereses de este sujeto y de los demás sujetos jurídicamente relacionados con él, que por el hecho mismo de esta incerteza (33) serían generadores de un estado de inseguridad jurídica que podría poner en peligro los mismos intereses de estos sujetos y los de otros sujetos con ellos ligados (34).

Grados.

Frente a estos peligros, el Derecho interviene gradualmente en consideración al grado paulatinamente más elevado de probabilidad de que el ausente haya fallecido. Así, mientras más tiempo pasa, las medidas van siendo cada vez menos provisionales. Se distinguen, en función de este criterio tres períodos: la presunción de ausencia, la declaración de ausencia y la presunción de muerte (35).

"Durante el primero, todas las medidas que se toman revisten carácter provisional; el mismo capítulo I del título IV del Código Civil se titula: "*Medidas Provisionales Anteriores a la Declaratoria de Ausencia*"; atienden a lo más urgente, pues se supone que de un momento a otro el individuo puede regresar, o por lo menos tenerse noticias de su estancia en alguna parte. En el segundo, como ya esas probabilidades se han debilitado bastante a

(29) V. MARONGIU, Antonio. Assenza. Premessa storica. Enciclopedia del Diritto. Vol. III, Giuffrè-ed. Milano, 1956. págs. 406 y ss.

(30) Se ha hablado de dos acepciones del término ausencia: una amplia entendiéndose por ella la situación de una persona que está fuera de su domicilio y hay incertidumbre acerca de su existencia. RIPHER-BOULANGER, op. cit., pág. 225.

(31) BRENES CORDOBA, op. cit., pág. 89. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., pág. 869. En Derecho en cambio, ausente es quien no está en su domicilio y hay incertidumbre acerca de su existencia. RIPHER-BOULANGER, op. cit., pág. 21. ESPIN CANOVAS, op. cit., pág. 251. MESSINEO, op. cit., pág. 136.

(32) Contrariamente por "ausente" en el sentido corriente, se entiende la persona que no está cuando se reclama su presencia; BAUDRY-LACANTINERIE; *Traité Théorique et pratique de Droit Civil; Des personnes*; Librairie de la société du recueil Gal. des Lois et des Arrêts. París. 1902, pág. 869. En cambio, jurídicamente, la no presencia, en cuanto tal, no modifica el estado de una persona, pues se le supone jurídicamente presente en su sede jurídica, en su domicilio. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., pág. 870. RIPHER Y BOULANGER, op. cit., pág. 21. PLANTIER, op. cit., pág. 214.

(33) Lo que caracteriza la ausencia es la incertidumbre acerca de si el sujeto está vivo o muerto. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., pág. 869. TRABUCCHI, Istituzioni di Diritto Civile. Cedam. Padova, 1966, págs. 74, 75.

(34) Con las medidas de la ausencia se tiende a conciliar los intereses del ausente con los de otras personas presentes, en especial aquellos subordinados a la muerte del ausente, y el interés de la colectividad a la buena administración y a la circulación de la riqueza. La ausencia, genera problemas de diversa y variada índole, tales como los relativos a los bienes dejados por el ausente, los derechos de sus presuntos herederos, las medidas tomadas para la protección de sus hijos, etc. RIPHER Y BOULANGER, op. cit., pág. 22. MESSINEO, op. cit., pág. 136.

(35) BRENES CORDOBA, op. cit., pág. 90. Algunos han hablado de dos categorías de ausentes: los presuntos ausentes y los ausentes declarados. BAUDRY-LACANTINERIE. Op. cit., pág. 869. Tradicionalmente se ha dicho que el diverso tratamiento jurídico en estos distintos períodos se justifica con base en las variaciones entre la presunción de la presunción de existencia sobre la de inexistencia en el primer caso ocurriendo lo inverso en el último caso. Frente a estas ideas se dice que en realidad aquí no existe una presunción legal de existencia o inexistencia.

causa del transcurso de un espacio de tiempo muy suficiente para que se haya podido operar el regreso u obtener conocimiento del paradero del ausente, las disposiciones que en cuanto a sus asuntos se toman son más formales, por tratarse de una situación de mayor estabilidad. Y en el tercero, por fin, como todas las probabilidades están en el sentido de haber muerto la persona, las medidas tomadas lo son en el concepto de definitivas y únicamente se deja la puerta abierta a la remota posibilidad de que pudiendo estar viva aún, se presente a tomar posesión de sus bienes" (36).

1) MEDIDAS PROVISIONALES ANTERIORES A LA DECLARATORIA DE AUSENCIA.

La presunción de ausencia (37) justifica las medidas provisionales en el sentido de que en el caso en que se produzca originalmente la hipótesis de hecho de la ausencia (que una persona desaparezca de su domicilio y no se tengan noticias suyas) (38) sin que el sujeto haya dejado apoderado (39) en caso de urgencia (40) a solicitud de parte de interesada (41) o de la Procuraduría General de la República (42) se le nombrará un curador (43). Para determinado negocio o para la administración de todos si fuere necesario (44).

Cuando la persona haya desaparecido dejando apoderado, pero el poder conferido caduca o es

insuficiente pueden también tomarse las citadas medidas.

Expresa literalmente el artículo 49 C.C.: "Cuando una persona desaparece del lugar de su domicilio sin dejar apoderado y se ignora su paradero o consta que se halla fuera de la República, en caso de urgencia y a solicitud de parte interesada o de la Procuraduría General de la República, se le nombrará un curador para determinado negocio, o para la administración de todos si fuere necesario.

Eso mismo se observará cuando, en iguales circunstancias, caduque el poder conferido por el ausente o sea insuficiente para el caso".

Dicho curador es nombrado por el juez quien preferirá a ciertos sujetos que el Código Civil enumera: el cónyuge presente, siempre que no esté separado de hecho o de derecho, los herederos presuntivos y en falta de estos a los que mayor interés tengan en la conservación de los bienes (45) (ver art. 50 C.C.).

Al efecto (o sea, con relación a esta curatela provisional) son aplicables en lo consecuente las reglas generales en materia de curatela, por ejemplo la de que el cónyuge no está obligado a dar fianza, ni a rendir de su administración más cuenta que la final.

"En cualquier tiempo después de la desaparición

pues no hay tal si la ley no lo expresa. BAUDRY-LACANTINERIE. Op. cit., pág. 875. Se ha hecho notar que el ausente no está ni vivo ni muerto a los ojos de la ley (EMMERY) y que simplemente se trata de un estado de incertidumbre (BIGOT PREAMENEU). Op. ult. cit., p. 876. Este estado legal de incertidumbre nace desde el día de la desaparición del sujeto. GRIOLET VERGE. Op. cit. pág. 326. PLANIOL. Op. cit. pág. 216.

(36) BRENES CORDOBA, op. cit., pág. 90.

(37) El término desaparición se prefiere en el nuevo Código Civil Italiano al de presunción de ausencia, pues en la desaparición no hay nada presunto sino que se trata de la constatación de un hecho. BARBERO, Domenico. *Sistema del Diritto Privato italiano*, Vol. primo, UTET, Torino, 1965, pág. 175.

(38) Con la presunción de ausencia dadas serias comienzan a surgir sobre la existencia del ausente. En este período se autorizan ya legalmente ciertas medidas consecutivas relativas a sus bienes. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., pág. 873, MESSINEO, op. cit., pág. 136. BARBERO, op. cit., pág. 176.

(39) Cuando una persona desaparece pero deja un apoderado no se produce un caso de ausencia en sentido técnico-jurídico, pues el hecho de dejar un representante hace suponer que la desaparición es temporal y que el sujeto regresará, por lo que no se produce la incerteza (típica del fenómeno "ausencia") sobre la existencia misma del sujeto.

(40) Se habla de urgencia en el sentido de que no puede esperarse (para el manejo de uno o varios de sus asuntos) que el sujeto regrese a su domicilio.

(41) Ejemplos de partes interesadas que pueden promover este procedimiento con sus posibles herederos, sus acreedores, etc. "Si nadie toma esta iniciativa, el desaparecido no es considerado tal, esto, con daño de él, consiste sobre todo en la falta de ejercicios o en la pérdida de derechos (en especial patrimoniales) salvo la posibilidad de la gestión ajena de sus negocios" MESSINEO, op. cit. p. 137.

(42) Esta facultad en manos del Ministerio Público se justifica en motivos de orden y seguridad, para evitar que los bienes permanezcan abandonados a la disposición de personas sin derecho alguno sobre los mismos.

(43) Que es un representante legal. La medida citada también resulta aplicable al sujeto que se encuentra fuera de la República por idénticas razones, pues sus intereses no pueden dejarse descuidados, tanto por motivos de orden público como de orden privado. BRENES CORDOBA, op. cit., pág. 91. V. tamb. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit. págs. 871. MESSINEO, op. cit. pág. 136, TRABUCCHI, op. cit., pág. 75.

(44) Estas medidas se justifican en forma excepcional, por la urgencia de salvaguardar sus intereses, BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit. pág. 871. El ordenamiento se preocupa principalmente por la conservación del patrimonio de la persona desaparecida. TORRENTE, op. cit., pág. 87 (ed. 1968).

(45) En la interpretación de esta regla hay dos posibilidades: la de considerar que la citada enumeración implica la preferencia de los que se encuentran citados antes, o la de que se trata de un grupo de sujetos entre los que el juez podrá decidir. En nuestro medio la norma ha sido interpretada en el primer sentido BRENES-CORDOBA, op. cit.,

ción de una persona sin haberse recibido noticias suyas, el Patronato Nacional de la Infancia podrá tomar las medidas que juzgue convenientes para proteger a sus hijos menores (46), pasados seis meses después de la desaparición del ausente, sin haberse recibido noticias suyas, se proveerá de tutor a sus hijos menores cuando proceda la tutela" (art. 52 C.C.) (47).

2) LA DECLARACION DE AUSENCIA Y SUS EFECTOS:

Conforme transcurre el tiempo, la incertidumbre sobre la efectiva existencia del ausente aumenta (48). El Derecho faculta a cualquier interesado para demandar la "declaración de ausencia" cuando este tiempo alcanza dos años (49). Si bien dos años puede parecer excesivo (50) dadas las crecientes facilidades en los medios de comunicación (51), se ha querido fijar este número en razón de la importancia de las medidas que este pronunciamiento implica. Sin embargo, si el ausente ha dejado apoderado deberá esperarse diez años a partir de su desaparición. Tal regla se justifica en base a que la persona que se ausenta dejando apoderado hace suponer que su desaparición no implica posibilidad de duda acerca de su existencia, pues si ha dejado un representante no ha hecho abandono de sus asuntos ni de su domicilio. Tal suposición cesa cuando han transcurrido diez años de ausencia.

Expresa el párrafo 1 del art. 53 C.C.: "Cualquier interesado podrá demandar la declaración de ausencia pasados dos años después del día en que desapareció el ausente sin que haya habido noticias suyas o después de recibidas las últimas, pero si dejó apoderado general para todos o la mayor parte de sus negocios, no se podrá pedir la declaración de ausencia mientras no hayan transcurrido diez años desde la desaparición del ausente o desde sus últimas noticias".

Sin embargo, por la mayor incertidumbre acerca de la existencia del sujeto, que puede generar el hecho de que la última noticia que se haya tenido fue la de que la persona se encontraba en peligro de muerte o en estado de enfermedad grave, en tal caso los plazos se reducen a la mitad (52). "Estos plazos se reducirán a la mitad cuando las últimas noticias que se tuvo del ausente fueron de que se encontraba gravemente enfermo o en peligro de muerte" (párrafo 2 art. 53).

Después de cinco años contados a partir del momento de la desaparición, o desde sus últimas noticias (agrega sin necesidad el Código), el apoderado deberá rendir garantía suficiente de administración para poder mantenerse en el ejercicio de sus poderes (Ver párrafo 3 art. 53 C.C.).

Con la declaración de ausencia se toman algunas medidas temporales (53); así, se ponen los bienes en posesión provisional de los herederos,

pág. 91 (habla de "por su orden") sin embargo de la forma legal se puede deducir que se preferirá al cónyuge presente y a los herederos presuntivos sobre los demás interesados (se dice "en falta de estos") pero no hay motivo para exigir que el cónyuge deba ser escogido preferentemente sobre los demás posibles herederos. Esta es una cuestión que más bien debe ser apreciada por el juez en cada caso porque es posible encontrar hipótesis en las que sea más acertado entregar esta curatela a un hijo, a un hermano, etc. por exigirlo, por ejemplo, hechos que demuestren la discordia conyugal tales como la separación de hecho, la existencia de un juicio pendiente de divorcio o separación judicial.

- (46) Se ha sugerido ampliar esta regla en el sentido de que sea aplicable al caso de que aunque el ausente hubiere dejado algún encargado, el mismo haya hecho abandono de su cargo o esté imposibilitado para cumplirlo. BRENES CORDOBA, op. cit., pág. 92. La persona que abandona por su propia culpa el encargo debe ser asimilada a la hipótesis legal relativa a los parientes llamados a tutela que por su culpa no la ejerzan, que pierden el derecho de heredar al pupilo si muere sin testamento. La razón de esta asimilación se encuentra en la identidad de sentido de las hipótesis que la constituyen, igual en ambas: hay un abandono de un encargo de cuidado de menores. La diferencia formal entre la tutela legítima y el referido encargo no puede conllevar un olvido de la identidad de interés en juego. Se trata de hipótesis de falta de legitimación pasiva.
- (47) En esta regla vemos el principio de que el transcurso del tiempo provoca un aumento de la incerteza pues han de esperarse seis meses para tomar la medida de designar tutor a sus hijos.
- (48) TRABUCCHI, op. cit., pág. 75.
- (49) Dada la declaración de ausencia, las situaciones jurídicas subordinadas a la muerte se conceden provisionalmente a sus herederos, BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., pág. 873, V. RIPERT Y BOULANGER, op. cit., pág. 24. Es por ello que se ordena la apertura de testamento si éste existe. TORRENTE, op. cit., pág. 87.
- (50) En Italia son también dos años. MESSINEO, op. cit., pág. 137, comentario del art. 49 del Código Civil Italiano. TRABUCCHI, op. cit., pág. 75.
- (51) Se afirma que la creciente facilidad de las comunicaciones ha hecho disminuir los casos de ausencia. RIPERT Y BOULANGER, op. cit., pág. 23. V. tamb. PLANIOL, op. cit., pág. 215.
- (52) No debe confundirse la ausencia con la desaparición; esta última se caracteriza por las circunstancias de peligro que la acompaña (guerra, naufragio, incendio). En tales hipótesis en algunos países se ha regulado en el sentido de que basta la inscripción en el registro de defunciones. TRABUCCHI, op. cit., pág. 77.
- (53) Sobre este carácter provisional RIPERT Y BOULANGER, op. cit., pág. 24. MESSINEO, op. cit., pág. 137 cita entre estos efectos provisionales: la puesta en posesión temporal de los bienes, el ejercicio temporal de los derechos correspondientes como consecuencia de la muerte del ausente, por parte de los titulares, la temporal exoneración del cumplimiento de las obligaciones respecto de las cuales la muerte del ausente produciría la liberación, previa

legatarios, donatarios y todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos dependientes del evento de su muerte. Deben rendir fianza o garantía suficiente para asegurar los resultados de su administración. En la fijación de herederos se tomará en cuenta el momento de la desaparición del ausente (54) (Ver art. 54 C.C.).

Entre los efectos que produce la declaración de ausencia está la disolución de las sociedades que terminarían con el fallecimiento del ausente (art. 55 C.C.).

Los poseedores provisionales de los bienes son frente al ausente "administradores" y frente a terceros "herederos". Tienen la representación judicial y extrajudicial del ausente, respecto a los bienes que tuvieren en posesión. Sus facultades se encuentran limitadas en el sentido de que no podrán transigir ni comprometer en árbitros los negocios del ausente mayores de mil colones sin previa autorización judicial, que se puede obtener con un procedimiento análogo a las diligencias de utilidad y necesidad (55).

Estos sujetos que han estado en posesión provisional de los bienes pueden ver alterada su situación en el hecho de la reaparición del ausente; para tal caso rigen las siguientes disposiciones: si la restitución se hace antes de cinco años a partir de la "entrada en posesión" deben devolver un quinto de los frutos líquidos percibidos, si se hace después de este término sólo deben devolver un décimo y después de diez años solamente deben devolver los bienes pero no los frutos, (ver art. 57 C.C.).

Durante la posesión provisional de los bienes los inmuebles sólo pueden enajenarse o hipotecarse por causa de necesidad o utilidad, judicialmente declarada (art. 58 C.C.).

En el caso de que el ausente reaparezca durante la posesión provisional cesan los efectos de la ausencia (56). "Si el ausente reaparece o se prueba su existencia, durante la posesión provisional, cesarán los efectos de la declaración de ausencia, sin perjuicio, si hay lugar, de dictarse las medidas prescritas en el capítulo primero de este título. Si el ausente reaparece o se prueba su existencia después de la posesión definitiva, recobrará los bienes en el estado en que se hallen y el precio de los que hubieren sido enajenados" (art. 59 C.C.).

En nuestro ordenamiento no ha sido tomada en consideración la declaración de ausencia como momento a partir del cual, transcurridos 300 días, no deba operar la presunción de paternidad. Realmente no parece lógico que la paternidad de los hijos que tenga la mujer durante esta época se deba atribuir al marido ausente (57).

3) LA PRESUNCION DE MUERTE Y SUS EFECTOS:

Si la ausencia se ha prolongado por veinte años desde la desaparición o por diez después de la declaración o de las últimas noticias o si han pasado ochenta años contados desde la fecha de nacimiento del ausente (58) se declarará a instancia de parte interesada la presunción de muerte, produciendo la cual se dará la posesión definitiva de los

(en todo caso) prestación de caución o de otras cautelas. V. TRABUCCHI, op. cit., pág. 75. Por esos motivos los efectos de la declaración de ausencia no pueden equipararse a los derivados de la extinción del sujeto V. TORRENTE, op. cit., pág. 38. BARBERO, op. cit., pág. 178.

- (54) Esta regla tiene importancia en el caso de que algún heredero fallezca después de la desaparición del ausente; en tal caso, los herederos de este último pueden intervenir como herederos por representación (artículo 574 C.C.).
- (55) "Los poderes atribuidos a los puestos en posesión temporal de los bienes consisten en la administración y en el goce... pero con prohibición de enajenación, de hipoteca o de prenda, salvo el caso de utilidad o necesidad evidente a reconocerse por el tribunal...". MESSINEO, op. cit., pág. 138. El ausente continúa siendo titular de los bienes, de ahí la normal inadmisibilidad de los actos de disposición TRABUCCHI, op. cit., pág. 76.
- (56) "El retorno del ausente o la prueba de que vive todavía durante el período de ausencia (posesión temporal) restablece todo derecho de él, haciendo cesar los efectos de la declaración de ausencia". MESSINEO, op. cit., pág. 179. Por restablece todo derecho de él, haciendo cesar los efectos de la declaración de ausencia, BARBERO, op. cit., pág. 179. Por 138. Los efectos cesan con cualquier hecho que elimine el estado de incerteza, BARBERO, op. cit., pág. 179. Por ejemplo, si el ausente regresa, si no regresa pero se prueba que está vivo, si la ausencia es voluntaria, si se prueba la muerte.
- (57) Ya, sobre este problema, don Alberto Brenes Córdoba, hace 50 años, afirmaba: "... resulta irregular que declarada la ausencia del marido, los hijos que posteriormente tenga su mujer se conceptúen legítimos, pues aunque la ley permite que los herederos del ausente puedan combatir la filiación que aquellos se atribuyen, mientras no haya reclamo, claro es que permanecen en un estado que no les corresponde...". BRENES, op. cit. supra 4, pág. 205. La ausencia declarada (l'absence déclarée du mari) y la misma desaparición (disparition) son considerados en la nueva ley francesa como momentos que determinan una cesación de la operatividad de la presunción (loi du 3 janvier 1971) V. CAMELBEKE, Micheline. Les reformes du droit de la famille en France au cours de la dernière decennie. Riv. Il diritto di famiglia e delle persone. No. 3 de 1974 Giuffrè-ed. Milano, pág. 794.
- (58) Como vemos, se puede declarar la presunta muerte sin necesidad de que esta haya sido precedida por la declaración de ausencia. MESSINEO, op. cit., pág. 139. BARBERO, op. cit., pág. 180.

bienes (59) sin necesidad de fianza a los herederos presuntivos (60).

Aquí se aplica la misma regla de que para fijar la calidad de heredero se atenderá al momento de la desaparición (61); el Código habla de "herederos presuntivos al tiempo de la desaparición o de las últimas noticias y a los demás interesados de que habla el artículo 54, quedando cancelada la garantía dada para la posesión provisional".

"En cualquier época en que se pruebe la muerte del ausente se deferirá la herencia entre sus herederos. El tenedor de los bienes hereditarios deberá

devolverlos con los frutos establecidos en el art. 57 salvo que hubiere prescrito la herencia por el transcurso del término ordinario, que se contará desde la declaración de presunción de muerte o desde el fallecimiento del ausente si hubiere ocurrido después de la declaración".

Con relación al matrimonio una interesante innovación del Código de Familia se encuentra en la introducción de la ausencia legalmente declarada como motivo para que sea declarado el divorcio (art. 48 inc. 6 C.F.) (62).

- (59) En este tercer período se pone a los interesados en posesión definitiva de los bienes. Ya la existencia de la persona es absolutamente incierta. Las garantías de restitución se eliminan. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., pág. 874. En este sentido la presunción de muerte sí produce efectos análogos a los que trae la extinción del sujeto. TORRENTE, op. cit., pág. 88.
- (60) BAUDRY-LACANTINERIE. Op. cit., pág. 874.
- (61) La muerte presunta se hace coincidir con el día a que se remonta la última noticia, o sea, al día a que se remonta la desaparición (retroactividad) MESSINEO, op. cit., pág. 138. TRABUCCHI, op. cit., pág. 76.
- (62) Sobre este tema V. CARROZZA, Antonio. *Scioglimento del matrimonio dello scomparso*. Rivista di diritto matrimoniale italiano, No. 2 y 3 dell'anno 1952, pág. 5. En Albania la nueva ley matrimonial contiene la declaración de ausencia como motivo para la disolución del matrimonio (art. 55) BRUNELLI, Giovanni, *Divorzio e nullità di matrimonio negli Stati d'Europa*. Giuffrè-ed. Milano, 1958, pág. 104. En Bulgaria, en cambio se permite solicitar el divorcio si "por grave perturbación del matrimonio determinada por ausencia no es posible la continuación de la vida conyugal" op. cit. ult. pág. 176. En Checoslovaquia se requiere sentencia firme de declaración de muerte de un cónyuge como motivo de disolución del matrimonio, op. cit., ult. p. 189. En Yugoslavia la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio, op. ult. cit., pág. 323. En Noruega también la declaración de muerte produce este efecto op. cit. ult. pág. 341.