

EL RÈGIM JURÍDIC DE LA DECLARACIÓ D'ABSÈNCIA D'UNA PERSONA QUE OSTENTA EL VEÏNATGE CIVIL CATALÀ, DESPRÉS DE LA VIGÈNCIA DEL LLIBRE SEGON DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Comunicació a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
de 13 de gener de 2015

per

LLUÍS PUIG I FERRIOL

Magistrat i Catedràtic de Dret Civil. Acadèmic de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i
Legislació de Catalunya

Í N D E X

1. PRECISIONS INICIALS

- I. Normativa aplicable en matèria d'absència
- II. Qualificació jurídica d'aquesta normativa

2. RESPECTE A LA DECLARACIÓ DE DESAPARICIÓ I ABSÈNCIA

- I. Concepte i requisits
- II. Nomenament de defensor del desaparegut i de representant de l'absent.
- III. Respecte al règim econòmic matrimonial
- IV. En l'esfera patrimonial
- V. En l'àmbit de la successió per causa de mort
- VI. En l'àmbit de la successió contractual

1. PRECISIONS INICIALS

I. NORMATIVA APLICABLE EN MATÈRIA D'ABSÈNCIA

Aquesta comunicació no té altra finalitat que la d'aportar unes breus consideracions respecte a una institució que forma part del dret civil, amb la particularitat de que no té una regulació específica en el dret civil català actual, que evidentment ha determinat l'aplicació de la normativa general espanyola sobre la matèria, amb un assentiment general. Concretament arrel de la vigència del Codi civil espanyol dels anys 1888-1889 existia un consens general que formaven part dels nostre ordenament civil els seus articles 181 al 198 en la seva redacció originària, així com els articles 2031 al 2047 de la Llei d'enjudiciament civil de 3 de febrer de 1881. En aquest sentit posava de manifest BORRELL I SOLER, a *Dret civil vigent a Catalunya*. Barcelona, 1923, volum I, pàg. 150 que: *L'absència no ha estat reglamentada sistemàticament, com a institució jurídica especial, fins a la publicació del C.c; el qual, per consegüent, és aplicable en això, a Catalunya*. Reafirma aquesta posició la reforma dels preceptes del Codi civil espanyol sobre l'absència en base a la Llei de 8 de setembre de 1939, que modifica el títol VIII del seu Llibre primer, en base a la doble consideració de la pèrdua d'eficàcia dels seus preceptes -en la seva redacció originària- i en base també a la facilitat de les comunicacions i les circumstàncies excepcionals que es derivaven de la guerra civil dels anys 1936-1939, que varen originar situacions jurídiques incertes, que exigien unes solucions urgents.

Arrel de la vigència de la Compilació del dret civil de Catalunya de 21 de juliol de 1960 no es qüestiona la vigència en el dret civil català dels articles 181 al 198 del Codi civil espanyol, en la redacció que es derivava de la llei esmentada de l'any 1939, en base a que segons la seva disposició final segona *En allò no previst en aquesta Compilació regiran els preceptes del Codi civil que no s'hi oposin i les fonts del dret d'aplicació general*. Solució que accepta la doctrina jurídica catalana d'aquells moments, com posa de manifest FIGA

FAURA, *Manual de Derecho ciivil catalán*. Barcelona, 1961, pàg. 19 i 555. Una afirmació semblant es pot fer arrel de la codificació del dret civil català, derivada del fet de que després de la vigència del seu Llibre segon relatiu a la persona i a la família -aprovat per Llei 25/2010, de 29 de juliol, que va entrar en vigor el dia 1 de gener de 2011 segons la seva disposició final cinquena-, no estableix una normativa diferent a l'espanyola respecte a l'absència, que pressuposa una vegada més la vigència en el nostre dret civil dels articles 181 al 198 del Codi civil espanyol. Afirmació que escau inicialment matisar, ja que mentre la Compilació catalana de l'any 1960 sols esmentava l'absència en el seu article 9,I, que exigia per a la modificació dels capítols matrimonials l'acord unànim de tots els seus atorgants, amb la precisió de que si s'ignorava el parador de qualsevol d'ells, es supliria el seu consentiment d'acord amb la llei, que seria la normativa del Codi civil en matèria d'absència. Mentre que el dret civil català el dret civil actual regula una pluralitat de matèries en es quals té o pot tenir incidència la situació d'absència, com són:

* L'article 222-48-1,d) que preveu l'extinció de la potestat parental per declaració de mort d'ambdós progenitors o dels fills i per la declaració d'absència dels progenitors o dels fills.

* L'article 223-9,e) que preveu l'extinció de la curatela per declaració de mort o d'absència de la persona posada en curatela.

* L'article 236-32,a) i d) que preveu l'extinció de la potestat parental per la declaració de mort d'ambdós progenitors o dels fills i per la declaració d'absència dels progenitors o dels fills.

* L'article 322-18.1 que preveu el cessament en el càrrec d'òrgan de govern de l'associació la declaració d'absència de la persona física que forma part de l'òrgan de govern de l'associació.

* L'article 322-18.1,a) que preveu com a causa de cessament en el càrrec de patró d'una fundació la declaració d'absència de la persona física que forma part del patronat de la fundació.

* L'article 425-1.2 que estableix l'operativitat de la substitució vulgar quan l'instituït ha estat declarat absent, fins i tot per el supòsit de que el

testador sols hagi previst l'operativitat de la substitució ordenada pel cas de premoriència de l'hereu instituit.

* La de l'article 441-7.1 que preveu la incidència del dret de representació successòria en la successió intestada a favor dels descendents de persona cridada a succeir que ha estat declarada absent amb anterioritat a la mort del causant de la successió.

A més d'aquests casos que expressament preveu la llei, escau apuntar des d'ara la possibilitat de que s'apliqui la normativa catalana escaient en altres casos, ja sigui en base a l'article 111-4 del Codi civil de Catalunya, que preveu l'aplicació de les seves normes com a supletòria d'altres lleis. Atès que la seva normativa es qualifica de dret comú de Catalunya d'acord amb el seu l'article 111-3.

II. QUALIFICACIÓ JURÍDICA D'AQUESTA NORMATIVA

Per últim crec oportú fer referència en aquest apartat introductori a l'oportunitat de contemplar la normativa espanyola en matèria d'absència a tres nivells diferents. En primer lloc la normativa que podem anomenar processal o procedimental, que es troba en el Llibre III de la Llei d'enjudiciament civil de l'any 1881 *Jurisdió voluntaria*, títol XII *Del ausente*, que comprèn els articles 2031 al 2047. Normativa que cal entendre aplicable a tots els casos d'absència, en base fonamentalment a que l'article 149.1,6^a de la Constitució espanyola atribueix competència exclusiva a l'Estat sobre la legislació processal, sens perjudici de les especialitats que es derivin de les particularitats del dret substantiu de les Comunitats Autònomes, que no sembla hagi de tenir en aquest cas una particular transcendència. A un segon nivell és oportú contemplar la normativa substantiva espanyola en matèria d'absència, que es troba en els articles 181 al 198 del Codi civil espanyol, que té el seu origen en la llei esmentada de l'any 1939, modificada en determinats aspectes per la Llei de 17 de juliol de 1958 respecte el seu article 184, per la Llei 14/1975, de 2 de maig, respecte al seu article 189, per la Llei 11/1981, de 13 de maig, que afecta als articles 184 i 189, per la Llei 30/1981, de 7 de juliol, que afecta el seu article

195, la Llei Orgànica 11/1996, de 15 de gener, que afecta a l'article 185 i la Llei 4/2000, de 7 de gener, que afecta els articles 193 i 194. En un sentit molt general escau qualificar la normativa del Codi civil espanyol en matèria d'absència com una normativa que fa referència als requisits no procedimentals per a la declaració d'absència, ja que aquests es regulen a la Llei d'enjudiciament civil, que s'exigeixen per tal de que una persona pugui ésser declarada en situació d'absència. Normativa que en termes generals cal entendre forma part del dret civil català en matèria d'absència, atès que el Llibre segon del Codi civil de Catalunya no estableix una normativa diferent.

A un tercer nivell cal contemplar la normativa espanyola sobre l'absència com una normativa que fa referència a una persona declarada en situació d'absència, és a dir, com una normativa que fa referència a l'estat civil de la persona, si ens velem de la terminologia que apareix a l'article 325 del Codi civil espanyol i l'article 1r de la Llei del Registre Civil de l'any 1957; i que reproduïx en aquest punt l'article 4 de la Llei del Registre Civil 20/2011, de 21 de juliol. En qualsevol cas es tracta d'una matèria que segons l'article 9.1 del codi civil espanyol resta sotmesa a les prescripcions de la llei personal de l'interessat, que segons el precepte es determina en base a la nacionalitat; amb la conseqüència de que la seva normativa s'aplica a les persones que gaudeixen de la nacionalitat espanyola. En aquest sentit es posa de manifest que la declaració d'absència o de mort afecta a la capacitat de les persones, atès que la gran majoria dels ordenaments estatals preveuen que una absència perllongada s'equipara a la mort; i com que la mort extingeix la personalitat, l'absència i la declaració de mort es regeixen per la llei personal de l'interessat, com resulta de l'article 9.1 del Codi civil espanyol; i en el mateix sentit es pronuncien les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 13 de setembre de 1972 i 11 de setembre de 1983. De les quals es resulta que aquesta llei personal és la que regula els motius, causes i condicions de la declaració d'absència i de mort, així com la representació en el seu cas de la persona absent (com posen de manifest CALVO CARAVACA - CARASCOSA GONZÁLEZ <directors> *Derecho Internacional Privado*. Granada, 2013-2014, volum II, pàg. 40 seg.). Ara sols escau afegir que aquesta competència de la llei personal té en el cas d'Espanya una particularitat, com és la de que en base

el fet de no estar unificat el dret civil espanyol, i com preveu l'article 16.1,1^a del seu Codi civil, la llei personal es determina en base el veïnatge civil de l'interessat; amb la conseqüència doncs de que aquesta llei personal és la que determina les causes i condicions que originen les declaracions d'absència i/o de mort, així com la representació en el seu cas de la persona absent. Que a més a més té una altra transcendència, atès que el dret civil espanyol admet una concepció extensa de l'anomenat estatut personal, tota vegada que es projecta sobre l'estat i condició de les persones i, també sobre les relacions familiars i determinades relacions successòries, com resulta de l'article 9.1 del Codi civil espanyol (vegeu en aquest sentit AGUILAR BENITEZ DE LUGO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid, 1995, volum I-2, pàg. 175 i seg.). Precisions que no cal oblidar, ja que si d'acord amb aquest plantejament la declaració d'absència o de mort afecta també a l'esfera familiar i successòria del declarat absent o mort, perquè així resulta de l'article 9.1 del Codi civil espanyol, no cal oblidar que el dret familiar i successori català presenta en determinats aspectes unes diferències prou significatives respecte a la normativa que estableix el Codi civil espanyol sobre aquests aspectes del dret civil.

2. RESPECTE A LA DECLARACIÓ DE DESAPARICIÓ I D'ABSÈNCIA

1. CONCEPTE I REQUISITS

El llibre primer del Codi civil espanyol *De las personas* regula en el seu títol VIII *De la ausencia*, capítol I *Declaración de ausencia y sus efectos*, dues situacions en part diferents, que d'acord amb la terminologia legal es poden qualificar de desaparició de la persona i declaració d'absència en sentit estricte de la mateixa persona. Que en atenció a les finalitats que aquí ens proposem, que no són altres que precisar el seu significat i abast quan el desaparegut o l'absent gaudeix del veïnatge civil català, escau examinar conjuntament.

L'article 181 del Codi civil espanyol atribueix la condició de desapareguda a la persona que no es troba en el seu domicili o residència, sense que es tinguin notícies seves, que en la intenció de legislador

pressuposa que el desaparegut encara viu; presumpció de vida per altra part compatible amb el fet de que es consideri necessari o tal vegada oportú que un tercer gestioni els interessos o determinats afers del desaparegut que no admetin demorança. Per la seva part l'article 183 del Codi civil espanyol delimita la situació d'absència en sentit estricte respecte a la persona absent del seu domicili o de la seva darrera residència durant un període de temps prudencial; fet que impulsa el legislador a donar un pas més, que no és altre que el de posar en dubte l'existència de l'absent, perquè en un cert sentit es produeix en aquest cas una certa equivalència entre la presumpció de vida i la presumpció de mort de l'absent.

II. NOMENAMENT DE DEFENSOR I DE REPRESENTANT DE L'ABSENT

En relació amb el primer d'aquests casos preveu l'article 181 del Codi civil espanyol el nomenament d'un defensor de l'absent, amb la finalitat de que l'empari i el representi en els judicis i en els afers que no admetin demorança, amb la finalitat d'evitar uns perjudicis greus als seus interessos; mentre que respecte a l'absència en un sentit estricte l'article 184 del mateix text legal preveu el nomenament d'un representant de l'absent, al qual imposa els deures que esmenta l'article 185 i li atribueix les facultats que esmenta l'article 186. Una segona precisió que cal fer ara és que segons el criteri del legislador la persona a la qual s'atribueix la condició de defensor del desaparegut o de representant de l'absent amb caràcter prevalent és el seu consort no separat legalment (art. 181,II) i en el cas de de l'absent la representació s'atribueix al cònjuge present no separat legalment o de fet (art. 184,1^a). La redacció actual d'aquest darrer precepte té el seu origen a l'article 4 de la Llei 11/1981, de 13 de maig, que modifica el Codi civil espanyol en matèria de filiació, pàtria potestat i règim econòmic del matrimoni; modificació que es concreta en el fet de reconèixer transcendència a la separació de fet; mentre que el mateix precepte -en la redacció que es derivava de la Llei d 8 de setembre de 1939 i posteriorment de la Llei de 24 d'abril de 1958- sols es referia a la separació legal. Que abocava a una solució clarament recusable, de que el càrrec de

defensor de l'absent hagués de recaure en el consort separat de fet, que per molts motius hem d'entendre que no és la persona més escaient per tal d'assumir aquesta funció. Ara i aquí sols escau posar de manifest que l'esmentada modificació legislativa l'actual article 184,1^a del Codi civil espanyol és aplicable al cas de que la persona declarada absent ostenti el veïnatge civil català, atès que el nostre ordenament jurídic estableix per a casos essencialment equiparables a aquest una equiparació entre la separació legal i la separació de fet.

Més dubtes pot presentar en aquest punt l'article 181 del Codi civil espanyol respecte al defensor de la persona desapareguda, ja que atribueix en primer lloc la condició de defensor del desaparegut al cònjuge major d'edat *no separado legalmente*. Que suposa admetre -amb tot seus inconvenients- la possibilitat de que s'atribueixi la condició de defensor del desaparegut al consort separat de fet; que es podria derivar també d'una possible interpretació de l'article 2033 de la Llei d'Enjudiciament civil, que sols prohibeix a l'organisme jurisdiccional nomenar defensor del desaparegut al consort separat legalment. En contra d'aquesta possibilitat s'esmenta la inconstitucionalitat d'aquests preceptes, amb la subsegüent necessitat d'introduir correccions en el text de l'article 181 del Codi civil, entre elles la d'incloure el cònjuge separat de fet, que permetria equiparar des d'aquesta perspectiva la separació legal i la de fet (com proposen LACRUZ BEDEJO - DELGADO ECHEVERRIA, *Elementos de Derecho civil*. Madrid, 1988, volum I-2, pàg. 213 i seg.). Si no s'admet aquesta solució, caldria entendre que en aquest punt l'article 181 del Codi civil espanyol no seria d'aplicació quan la persona desapareguda gaudís del veïnatge civil català; perquè el nostre ordenament civil s'inspira clarament en el principi de que en aquest o en semblant casos la separació de fet s'equipara a la separació judicial. I si no es conferia rellevància en aquest cas a la separació de fet, això determinaria aplicar en aquest cas el Codi civil espanyol -amb el caràcter de supletori del dret civil català, solució clarament recusable en base l'article 111-5 del Codi civil de Catalunya, que exclou la seva aplicació supletòria en aquests o en semblants casos. Perquè un dels principis generals que informa el dret civil català actual és l'equiparació d'efectes entre la separació legal i la de fet, com resulta -entre altres- de l'article 231-12.3 del

Codi civil de Catalunya respecte a la presumpció de gratuïtat en la contractació entre cònjuges, de l'article 231-118.1,b) respecte a l'extinció de les vendes amb pacte de supervivència, de l'article 231-3.1 respecte a la reclamació de l'any de viduïtat, de l'article 232-6.2,a) sobre extinció del règim de participació en els guanys i de l'article 232-36.1,)a sobre extinció del règim de comunitat de béns, de l'article 422-13.1 sobre ineficàcia sobrevinguda com a conseqüència d'una crisi matrimonial de les disposicions testamentàries a favor del consort separat judicialment o de fet i de l'article 422-6.1 sobre manca d'un dret a succeir per la via de l'abintestat del cònjuge vidu separat judicialment o de fet.

Un altre aspecte a considerar en aquest apartat és el de que la persona desapareguda o absent hagi establert una unió estable de parella, amb la finalitat de determinar si el convivent pot assumir la condició de defensor del desaparegut o de representant de l'absent. Una resposta inicial negativa apareix d'entrada, ja que els articles 181 i 184 del Codi civil espanyol -en qualsevol de les seves redaccions- no esmenten el convivent en unió estable de parella entre les persones cridades assumir el càrrec de defensor del desaparegut o de representant de l'absent. Altra cosa és si aquesta resposta inicial negativa, que pot tenir el seu sentit respecte a les persones sotmeses en aquest aspecte al Codi civil espanyol, ja que no regula les unions estables de parella, és igualment aplicable a les persones sotmeses al dret civil de Catalunya, ja que el Codi de família català estableix una regulació expressa de les unions estables de parella i el mateix fa el llibre segon *Persona i família* del Codi civil de Catalunya regula en el seu títol III *La família*, capítol IV *Convivència estable en parella* una alternativa del matrimoni; entesa aquesta expressió en el sentit de que les persones que gaudeixen de la capacitat exigida per la llei per tal de contreure matrimoni, poden optar lliurement per casar-se i amb la mateixa llibertat per establir entre elles una unió estable de parella. Sempre, evidentment, que reuneixin els requisits de capacitat que exigeix la llei, que en el cas que ara interessa serien els que exigeix l'article 234-2 del Codi civil de Catalunya.

En base a aquesta situació escau ara plantejar el problema de si en relació amb el desaparegut o amb l'absent que tingui unes connexions rellevants amb el dret civil català, concretament el veïnatge civil català, és

possible que s'inclouï el convivent en una unió estable de parella com una de les persones cridades a assumir el càrrec de defensor o de representant del desaparegut o absent. La resposta afirmativa es pot fonamentar en el fet de que si bé és cert que el Codi civil de Catalunya regula com institucions diferents el matrimoni i la unió estable de parella, no és menys cert que no difereixen essencialment els requisits de capacitat per a contraure matrimoni dels que exigeix la llei per tal d'establir una unió estable de parella, com resulta dels articles 46 i 47 del Codi civil espanyol i de l'article 234-2 del Codi civil de Catalunya. I també del fet que el seu article 234-3 declara aplicables a les unions estables de parella aspectes significatius que es deriven del matrimoni; com són els que fan referència a la disposició de l'habitatge familiar i la de que els convivents en unió estable de parella puguin adquirir béns amb pacte de supervivència. Un altre aspecte prou significatiu és el que es deriva de l'article 222-10 del Codi civil de Catalunya respecte a la delació de la tutela, que en el seu apartat 2,a) estableix una significativa equiparació entre el cònjuge i el convivent en parella a l'hora de determinar la persona que ha d'assumir el càrrec de tutor; ja que si bé és cert que són diferents els càrrecs de tutor i el de defensor del desaparegut o de presentant de l'absent, no és menys cert que tots ells apareixen investits d'unes funcions que han de portar a terme en benefici d'unes persones que per diferents motius no poden gestionar llurs afers de caire essencialment patrimonial. Que des d'aquesta perspectiva ofereix un argument significatiu favorable a conferir al convivent en unió estable de parella la condició de defensor del desaparegut o de representant de l'absent, amb la mateixa preferència que els articles 181 i 184 del Codi civil espanyol atribueixen al cònjuge no separat legalment, perquè es tracta d'una solució que estaria d'acord amb els principis que informen l'actual dret civil català, com exigeix l'article 111-5 del Codi civil de Catalunya.

No cal amagar que aquesta solució planteja un problema ulterior, com és el de precisar quan s'aplica el dret civil català o un altre ordenament civil espanyol a una concreta unió estable de parella, que aboca a la possible existència d'un problema de dret interregional, que s'ha de resoldre d'acord amb les normes del dret estatal, com posa de manifest de forma prou clara l'article 149.1,8ª de la Constitució espanyola, que ha tingut la seva transcendència. En

aquest punt és suficient recordar inicialment la inconstitucionalitat de l'article 2-2 de la Llei navarresa 7/2000, de 3 de juliol, d'unions estables de parella, de l'article 2-3 de la Llei balear 18/2001, de 19 de desembre, de parelles de fet i dels articles 1-1 i 19.2 de la Llei catalana 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella, que establien unes normes de dret interregional inoperants de manca de competència legislativa. Com d'alguna forma posa de manifest el fet de que el llibre segon del Codi civil de Catalunya no ha reproduït aquesta norma. Que de totes formes deixa subsistent el problema que aquí i ara ens ocupa, que no és altra de que es pugui nomenar amb caràcter preferent el convivent d'una unió estable de parella defensor del desaparegut o representant de l'absent. Problema que subsisteix, atès que la normativa espanyola sobre dret internacional privat no conté cap norma específica per tal de resoldre els conflictes de lleis que es puguin derivar d'una unió estable de parella. En aquests moments és suficient indicar que si ens atenem a la normativa del Codi civil espanyol l'absència es regula en el seu llibre primer *De las personas*, criteri que segueix el legislador català, que pressuposen l'oportunitat d'aplicar al cas la llei personal del desaparegut o de l'absent, com resulta de l'article 9.1 del Codi civil espanyol; que no presentaria més problemes si els dos membres de la parella gaudeixen del veïnatge civil català. Però no en el cas de que tinguin un veïnatge civil diferent, que implicaria la no aplicació de la normativa catalana quan el desaparegut o l'absent no ostentés el veïnatge civil català. Obstacle que es podria superar per la via de qualificar les unions estables de parella com una institució pròpia del dret de família, com resulta del fet de que el Codi civil català inclou dins del seu llibre segon *Persona i família* la regulació de la convivència estable en parella en el capítol IV del seu títol III *La família*. Que des d'aquesta perspectiva originaria l'aplicació de la normativa catalana quan les dues persones que integren la unió estable de parella ostenten el veïnatge civil català; i, en altre cas, l'aplicació dels altres punts o criteris de connexió subsidiaris que preveu l'article 9.2 del Codi civil espanyol.

Per últim recordar que l'article 181,II del Codi civil espanyol preveu que el nomenament de defensor del desaparegut ha de recaure, quan no existeix el cònjuge major d'edat no separat legalment, en el parent més proper del

desaparegut dins el quart grau. Precepte que inicialment escau relacionar amb l'article 2033,I de la Llei d'enjudiciament civil de l'any 1881, que identifica inicialment com a parent més proper, a manca del cònjuge, el més gran dels fills *legítims* del desaparegut. Precepte inaplicable en els nostres temps, en el sentit de que escau prescindir del requisit de la legitimitat, com resulta de l'article 39.2 de la Constitució espanyola. De la mateixa manera que escau prescindir de la preferència que l'article 2033,I de la Llei processal esmentada confereix als fills del desaparegut respecte a les filles, com a contrària a l'article 14 del text constitucional. I en el cas concret d'ésser aplicable el dret civil català, en base a l'article 7 de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya, introduït per la disposició final primera de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart relatiu a les successions: "*En el Codi civil de Catalunya, s'entén que les denominacions en gènere masculí referides a persones inclou les dones i homes, llevat que del context se'n dedueixi el contrari*".

III. RESPECTE AL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

És oportú fer ara unes breus referències als efectes de la declaració d'absència sobre el règim econòmic matrimonial. Segons l'article 189 del Codi civil espanyol el consort de l'absent tindrà dret a demanar que des de la declaració d'absència, que el règim de béns d'aquell concret matrimoni sigui el de separació de béns; precepte que es justifica en base a la consideració de que el règim econòmic d'aquell concret matrimoni seria el de la societat de guanys, que com a legal o supletori dels matrimonis subjectes a les prescripcions del Codi civil espanyol estableix el seu article 1316. Previsió que no té cap sentit quan es tracta d'uns matrimonis subjectes a les prescripcions del dret civil de Catalunya, atès que en la gran majoria dels casos el règim econòmic matrimonial d'aquests concrets cònjuges serà el de separació de béns, que com a legal o supletori dels matrimonis catalans estableix l'article 231-10.2 del Codi civil de Catalunya.

És oportú afegir també que quan uns cònjuges subjectes al Codi civil espanyol pacten com a règim econòmic matrimonial el de participació en els

guanys, el seu article 1415 preveu l'extinció d'aquest règim quan un dels cònjuges ha estat declarat absent prèvia decisió judicial, adoptada a instàncies del cònjuge present, d'acord amb les prevencions de l'article 1393,1r. amb la finalitat de substituir-lo per un règim de separació de béns. Si es tracta d'un règim de participació en els guanys convingut per uns cònjuge sotmesos a les prescripcions del dret civil de Catalunya s'observa inicialment que l'article 232-16 del Codi civil de Catalunya no preveu una solució semblant a la del Codi civil espanyol. Així i tot no sembla existir cap obstacle insuperable per entendre que també el nostre ordenament civil permet al cònjuge present instar l'extinció del règim de participació en els guanys en base a l'article 232-16.2,c), en base al fet de que la superveniència de la declaració d'absència pugui comprometre greument els interessos del cònjuge present i la subsegüent substitució per un règim de separació de béns. Prevenció que escau fer extensiva al supòsit de que uns cònjuges catalans hagin pactat el règim de comunitat de béns que regulen els articles 232-30 al 232-38, en base a la prevenció que es troba a l'article 232-36.2,c).

IV. EN L'ESFERA PATRIMONIAL

En relació amb el patrimoni de l'absent escau fer també una referència a l'article 1291,2n del Codi civil espanyol, que permet rescindir els contractes celebrats pel representant de l'absent, sempre que aquest hagi experimentat una lesió en més de la quarta part del valor dels béns alienats. Precepte que a la pràctica tindrà una aplicació força limitada, perquè segons l'article 1296 del mateix text legal no escau l'exercici de l'acció rescissòria respecte els contractes realitzats amb autorització judicial; que és necessària en els casos generals segons l'article 186,III del Codi civil i l'article 2046,I de la Llei d'enjudiciament civil. En qualsevol cas, i sempre que sigui aplicable el dret civil català, es podrà exercir l'acció de rescissió en més de la meitat del just preu, ja que l'article 321,II de la Compilació del dret civil de Catalunya no exclou el seu exercici respecte a les compravendes fetes amb autorització judicial. I segons la sentència del Tribunal Suprem espanyol de 31 de març de 1959 l'absent -

una vegada reaparegut- pot instar la nul·litat dels contractes celebrats pel representant que afecten els seus béns.

V. EN L'ÀMBIT DEL DRET DE SUCCESSIONS PER CAUSA DE MORT

Pel que fa referència a l'abast de la substitució vulgar o institució preventiva d'hereu estableix l'article 425-1 del Codi civil de Catalunya que quan la persona instituïda hereva no pot o no vol esdevenir hereu, en qualsevol d'aquests casos la delació hereditària es reproduïx a favor de la persona o persones cridades pel testador com a substituïts vulgars. En relació amb el cas que aquí i ara interessa, el fet de que es reproduïx la delació hereditària quan el cridat inicialment a succeir ha estat declarat absent, això implica que es tracta d'una delació hereditària a favor de persona respecte a la qual s'ha posat oficialment en dubte la seva existència quan esdevé efectiva la delació; que en definitiva comporta que no pugui esdevenir hereu, ja que segons l'article 412-1.1 del Codi civil de Catalunya sols gaudeixen de capacitat successòria les persones cridades a succeir que sobrevisquin al testador i en el cas de la declaració judicial d'absència es posa precisament en dubte que visqui el testador; com resulta a més a més de l'article 190 del Codi civil espanyol: *Para reclamar un derecho a nombre de una persona constituida en ausencia es preciso probar que esta persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.* Amb la conseqüència doncs de que si quan es produeix la delació hereditària el cridat a succeir ha estat declarat absent, aquesta declaració posa oficialment en dubte la seva existència, que en definitiva comporta que no pugui esdevenir hereu, ja que segons l'article 412-1.1 sols gaudeixen de capacitat successòria les persones cridades a succeir que sobre visquin al testador. Que a la vegada porta com a conseqüència que la delació hereditària es reproduïx a favor del substituït vulgar, que en paraules del precepte seria la persona que ostenta un dret propi per a reclamar l'herència. Però com que el fet de posar en dubte l'existència de l'absent no equival a una mort efectiva o real, l'article 191 del Codi civil espanyol exigeix que la persona afavorida per aquesta delació hereditària successiva prengui inventari dels béns hereditaris que li corresponguin en aquella concreta

successió per causa de mort, amb intervenció del Ministeri Fiscal, amb la finalitat de protegir els eventuais drets successoris que li corresponguin, pel cas de que realment hagi sobreviscut al testador, si després accepta aquella concreta herència o -en el seu cas- la quota que li correspongui en la mateixa. En base a aquestes consideracions hem d'entendre que el règim jurídic de la substitució vulgar en el Codi civil de Catalunya s'adapta a les precisions que estableix la normativa del Codi civil espanyol en matèria d'absència, perquè la declaració legal d'absència s'inclou en el supòsit que preveu l'article 425-1.1 del Codi civil de Catalunya d'operativitat de la substitució vulgar quan el primer instituït no pot ésser hereu.

Unes consideracions semblants escau fer pel supòsit de successió intestada quan juga el dret de representació successòria, que l'article 441-7.1 del Codi civil de Catalunya defineix en els termes següents: *Pel dret de representació , els descendents d'una persona premorta, declarada absent o indigna són cridats a ocupar en seu lloc en la successió intestada;* amb la precisió de que aquest dret de representació successòria sols operen quan són cridats a succeir com hereus del causant de la successió els seus descendents, sense limitació de grau i els nebots, però no els ascendents del causant, segons l'apartat segon del precepte. El mateix article 441-7.2 inclou la procedència d'aquest dret de representació successòria quan el cridat a succeir com hereu ha estat declarat absent quan es produeix la delació hereditària a favor seu; fet que comporta a la vegada l'aplicació de l'article 191 del Codi civil espanyol. És a dir, que també en aquest cas l'herència o quota hereditària adjudicada al cohereu que succeeix en base el dret de representació successòria resta subjecte a les prevencions de l'article 191 del Codi civil,, que imposa el deure de prendre inventari, amb intervenció del Ministeri Fiscal, dels béns hereditaris que li corresponguin, amb la finalitat de garantir l'expectativa successòria de la persona declarada absent, pel cas de que amb posterioritat s'acrediti que vivia quan es va produir la delació hereditària a favor seu o que en definitiva escaigui extingir aquestes garanties si s'acredita amb posterioritat que havia mort quan es va produir la delació hereditària a favor seu; perquè en aquest cas es tractaria d'un persona mancada de capacitat per a succeir per

haver premort al causant d'ela successió, com preveu l'article 412-1.1 del Codi civil de Catalunya.

En base a aquestes consideracions es pot afirmar que no presenta problemes l'aplicació de l'article 191 del Codi civil espanyol sobre efectes de la declaració d'absència en l'àmbit de les successions per causa de mort, en el supòsit de que el testador hagi ordenat una substitució vulgar o quan esdevé efectiu el dret de representació successòria si es tracta d'un supòsit de successió intestada subjecta a les prescripcions del dret successori català. Així i tot sembla oportú fer unes referències a les paraules finals de l'article 191 del Codi civil espanyol, quan precisa que els béns adjudicats al substitut vulgar o als descendents que succeeixen via dret de representació successòria es sotmeten a reserva fins que es produeixi la declaració de mort de l'absent. Si es prenen en sentit literal aquestes paraules, això implica ni més ni menys que crear una nova reserva hereditària, al costat de la tradicional reserva per segones noces, que regulen els articles 968 al 980 del Codi civil espanyol i la més particular de l'article 811 del mateix text legal, que es qualifica de reserva troncal. Que presenta -en el cas que aquí i ara interessa- l'oportunitat o inoportunitat de la seva aplicació quan aquella concreta successió per causa de mort resta sotmesa a les prescripcions del dret successori català, en base el fet d'ostentar el causant de la successió el veïnatge civil català al temps de al seva mort, en aplicació dels articles 9.8 i 16.1,1ª del Codi civil espanyol. Perquè en aquest punt cal tenir present que segons l'article 411-8 del Codi civil de Catalunya *Els béns adquirits per títol successori o per donació d'acord amb aquest codi no estan subjectes a cap reserva hereditària ni reversió legal.*

A l'hora de buscar una solució a aquest problema escau plantejar si la paraula *reservaran* que apareix a l'article 191 del Codi civil espanyol té entitat suficient per a crear una altra reserva hereditària al costat de la tradicional reserva per segones noces o la menys tradicional de l'article 811 del Codi civil, anomenada també reserva troncal. Un sector de la doctrina jurídica és favorable a aquesta solució, en base a argumentar que la seva finalitat no és altra que la pròpia d'aquestes reserves, és a dir, la conservació d'un patrimoni a favor de les persones a les quals s'atribueix la condició de reservatàries. Amb la diferència de que en les reserves per segones noces i troncal els reservataris

són determinats parents, mentre que la reserva de l'article 191 del Codi civil espanyol s'estableix amb la finalitat de protegir els interessos patrimonials de l'absent (segons OGAYAR AYLLON, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid, 1985, volum IV, pàg. 100).

En contra aquesta argumentació escau posar de manifest que la finalitat de l'article 191 del Codi civil espanyol no és altra que la de donar una resposta sobre els destí que escau donar als drets successoris que es defereixen a una persona declarada absent, que comporta posar oficialment en dubte la seva existència, i en conseqüència la seva aptitud per tal d'esdevenir hereva, que exigeix acreditar que ha sobreviscut al causant de la successió. L'article 425-1 del Codi civil de Catalunya soluciona en part el problema, en el sentit de que la persona declarada judicialment absent no gaudeix de la capacitat successòria escaient, perquè la declaració judicial d'absència posa en dubte la seva existència quan s'ha produït la delació hereditària a favor i, per aquest motiu, aquesta delació es reproduïx a favor del seu substitut vulgar, cas, evidentment, de que el causant de la successió hagi ordena una institució preventiva d'hereu; i si manca aquesta prevenció, la delació hereditària es manté a favor dels cohereus, que evidentment sols esdevindrà operativa si per voluntat del testador o per aplicació de les normes sobre successió intestada es produeix una situació de comunitat hereditària, com resulta del mateix article 191, en el qual apareix la paraula *coherederos*. I precisament per aquest supòsit d'existir una situació de comunitat hereditària l'article 191 exigeix la pràctica d'un inventari de l'herència indivisa per part dels cohereus, en el qual s'exigeix a més a més la intervenció del Ministeri Fiscal, que en aquest cas assumeix la protecció dels drets hereditaris eventuais que sobre aquesta mateixa herència ostenta el cohereu declarat absent, que poden convertir-se en efectius, si amb posterioritat s'acredita que quan es va obrir aquella concreta successió per causa de mort vivia i accepta després la quota hereditària que li correspongui. Que en definitiva implica establir unes particularitats derivades del fet de que el dret d'acréixer establert inicialment a favor dels cohereus s'hagi de rectificar, amb la finalitat de que el declarat absent pugui esdevenir titular de la quota hereditària que li correspongui en aquella concreta herència, perquè els seus drets successoris eventuais s'han convertir en uns drets

hereditaris efectius. No es tracta, doncs, no de crear en aquest cas una suposada reserva hereditària, i sí establir un supòsit particular de modificació d'una comunitat hereditària, establerta pel cas de que els drets hereditaris eventuais a favor de l'absent es converteixin en uns drets hereditaris efectius. Que des d'aquesta perspectiva fan viable l'aplicació del l'article 191 del Codi civil espanyol , fins i tot en el supòsit de que aquella concreta successió per causa de mort estigui sotmesa a les prescripcions del dret civil català, perquè no existeix aquí una nova modalitat de les reserves hereditàries, proscrietes per l'article 411-8 del Codi civil de Catalunya.

VI. EN L'AMBIT DE LA SUCCESSION CONTRACTUAL

Un darrer aspecte a considerar en aquesta comunicació és l'oportunitat de mantenir en el context del dret civil català la prevalença que l'article 181 del Codi civil espanyol atribueix al cònjuge de l'absent no separat legalment per tal d'assumir el càrrec de defensor de l'absent i l'article 184 del mateix codi al cònjuge de l'absent major d'edat no separat legalment o de fet per tal d'assumir la representació de l'absent; prevalença que per altra part no és absoluta ja que aquest darrer precepte estableix un ordre de preferència que pot modificar l'organisme jurisdiccional si concorren motius greus. Aquí sols interessa fer unes breus consideracions sobre si aquesta prevalença general que es confereix al cònjuge del desaparegut o de l'absent respecte als seus parents és també d'aplicació en qualsevol cas quan sigui d'aplicació el dret civil de Catalunya en base el veïnatge civil català del desaparegut o absent. Que per altra part, i com s'ha argumentat en apartats anteriors, ja té una manifestació respecte al convivent en unió estable de parella. Concretament es tracta de plantejar ara i aquí el problema de l'eventual preferència que escauria atribuir respecte al consort o el convivent del desaparegut al parent de l'absent o desaparegut que tingui la condició d'hereu en la seva herència en base a un heretament, que confereix a la persona instituïda la condició d'hereu universal de l'heretant amb caràcter irrevocable, encara que amb determinades excepcions, segons l'article 431-18.1 del Codi civil de Catalunya. Excepció que podria tenir el seu sentit, atès que l'hereu instituït en heretament ha d'ésser un

dels parents que esmenta l'article 431-2, que són també les persones cridades a assumir la condició de defensors del desaparegut segons l'article 181 del Codi civil o, en el seu cas, la de representants de l'absent en base al seu article 184.

Que una previsió semblant no sigui necessària en el context del Codi civil espanyol és cosa indiscutible, ja que el seu article 1271,II prohibeix amb caràcter general la vocació contractual a l'herència; però això no ha d'ésser motiu suficient perquè en un futur el dret civil català pugui preveure la possibilitat de que quan el desaparegut o l'absent gaudeix del veïnatge civil català, es pugui preveure que qualsevol d'aquests càrrecs s'atribueixi amb caràcter preferent a l'hereu contractual del desaparegut o absent. Preferència que no escauria atribuir amb caràcter imperatiu, perquè també en aquest cas es podria prendre en consideració la regla de l'article 184 del Codi civil espanyol, que estableix un ordre de preferències *Salvo motivo grave apreciado por el Juez*.

Arguments per tal de conferir -amb caràcter general- una preferència a favor de l'hereu instituït en heretament sobre el cònjuge o el convivent existeixen. Com a més significatius es poden esmentar el fet de que l'hereu instituït en heretament esdevé hereu amb caràcter irrevocable de l'heretant des de l'atorgament del pacte successori (art. 431-18.1) i, a més a més, que l'instituït hereu es converteixi -des de l'atorgament del pacte successori- en titular dels béns presents de l'heretant si l'heretament s'ha convingut amb el caràcter de cumulatiu segons l'article 431-19.2; que pressuposa una intervenció activa de l'hereu en la gestió del patrimoni familiar, encara que certament no exclou la de l'heretant. És oportú afegir seguidament que si s'examinen les funcions que l'article 185 del Codi civil atribueix al representant de l'absent, s'observa que gairebé totes elles fan referència a l'esfera patrimonial de l'heretant, que si bé és cert gestionava en bona part el seu patrimoni mentre no es va produir la seva absència, una regla de bon sentit dóna a entendre que l'hereu instituït en heretament i, d'una manera especial l'instituït en un heretament cumulatiu, concorria amb l'heretant en els actes de gestió del patrimoni familiar. Que no deixa d'ésser un argument significatiu a favor de la preferència de l'hereu contractual sobre el consort o convivent en unió estable

de parella de l'heretant, que en molts casos no intervindrà en els actes de gestió del patrimoni familiar o hi intervindrà a un nivell inferior al que és propi d'un hereu instituït en heretament. I que a més a més recolza el fet de que la regulació actual dels pactes successoris té com a finalitat promoure la seva aplicació no sols als patrimonis agraris, com feia el dret tradicional, i sí també als patrimonis industrials o mercantils, com resulta de la referència que fa l'article 431-6.2 al manteniment i a continuïtat d'una empresa familiar o en la transmissió indivisa d'un establiment professional. Perquè sembla prou clar que en aquests o en semblants casos, si l'heretant és declarat absent, seria preferible atribuir la gestió dels seus interessos a l'hereu contractual, que ja intervenia abans en la seva gestió, que no atribuir aquesta funció al cònjuge, convivent o a qualsevol altre parent de grau més proper que l'hereu instituït en heretament.