

CAPITULO III.

SEGUNDO PERÍODO DE LA AUSENCIA.

SECCION I.—De la declaracion de ausencia.

152. ¿Por qué hay un segundo período de la ausencia? Por lo regular se contesta que la ley sustituye la presunción de ausencia con la declaración de ésta, en interés de los presuntos herederos. Estos son, en efecto, los que promueven la declaración de ausencia, y a quienes se pone en seguida en posesión de los bienes del ausente. Es cierto que la ley toma en cuenta, en este segundo período, los derechos eventuales de los herederos. Pero no es exacto que para proteger esos derechos abre el legislador un nuevo período. Lo que prueba hasta la evidencia que no es así, es que el esposo presente, comun en bienes, puede optar por la continuación de la comunidad, y si lo hace, impide la posesión provisional de los herederos. La ley, como expresa el art. 124, le da la preferencia para la administración de los bienes del ausente; así, pues, no se trata aún más que de administrar los bienes, lo que implica que la ley se preocupe del ausente más que de sus herederos. Estos pueden permanecer sin derecho durante treinta y cinco ó cuarenta años, y se quiere que de preferencia en interés de aquellos! la ley haya organizado un segundo período. No, durante la presunción de ausencia, no autoriza más que las

medidas necesarias, porque espera de un dia á otro el regreso del ausente. Cuando la ausencia ha durado cinco ó once años, se hace ménos probable la vuelta del ausente. Débese, pues, organizar una administracion regular. La ley la llama provisional para hacer notar que sólo se trata de conservar el patrimonio del ausente, bien por él si regresa, bien por sus herederos, en caso de que no vuelva á aparecer más. Al esperar, trata de encontrar los mejores administradores. Hé ahí la razon de que llame á los herederos, y de preferencia, al cónyuge presente.

153. La ley no permite poner á los herederos en posesion de los bienes del ausente, sólo por que haya trascurrido cierto número de años desde su desaparicion ó sus últimas noticias. Se necesita, ante todo, un fallo que declare la ausencia. Lo dice el art. 120; es tan terminante éste, que no se concibe que pueda suscitarse acerca de este punto la más ligera duda. Ha habido, sin embargo, litigios sobre el particular; pero la jurisprudencia no podia vacilar ni un instante. Se ha juzgado que el que se pretende heredero de un ausente debe, por necesidad, hacer declarar la ausencia ántes de proceder con esa calidad. La corte de Rennes, observando la misma decision, da las razones por las cuales ha prescrito el legislador un fallo previo á la toma de posesion provisional: las precauciones tomadas por la ley, dice la sentencia, deben ser observadas escrupulosamente, puesto que tienen por objeto garantizar los bienes y los derechos de aquél á quien circunstancias desgraciadas pueden retener lejos de su patria (1). En efecto, la separacion y la falta de noticias no prueban todavía que haya ausencia, en el sentido legal de la palabra, es decir, incertidumbre sobre la vida de la persona que ha dejado su domicilio sin dar noticia suya. Es preciso que

1. Véase la jurisprudencia en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 143, 144 y 150.

sean tomadas en consideracion, tanto las circunstancias en que la separacion se ha verificado, como los motivos que expliquen la falta de noticias; es preciso, finalmente, que la demanda de los que promueven la declaracion de ausencia se haga publica, á fin de advertir al ausente, si vive todavia, que se le va á desposeer de la administracion y, hasta cierto punto, del goce de sus bienes. Tales son las razones poderosas que exigen la intervencion de la justicia y que justifican las medidas que prescribe la ley para comprobar la ausencia, ántes de permitir la posesion provisional.

154. Para que pueda ser declarada la ausencia de una persona, se necesita de antemano, segun el art. 115, «que haya desaparecido del lugar *de su domicilio ó residencia.*» Los autores estan de acuerdo en decir que hay un defecto de redaccion en el art. 115, que en lugar de la disyuntiva ó, es necesario poner la conjuntiva *y*. Es evidente que si una persona tiene á la vez un domicilio y una residencia distinta de éste, no basta que haya dejado de aparecer, sea en su domicilio, sea en su residencia, se necesita su desaparicion completa, como dice el art. 120 (1). Pero puede suceder que una persona no tenga domicilio, si es extranjera, ó que su domicilio sea desconocido; en estos casos solo se tendrá en cuenta su residencia.

El art. 115 agrega: «y que despues de cuatro años no se hayan tenido noticias de su persona.» No se necesita que el ausente haya dado esas noticias; el proyecto parecia exigirlo; fué modificado por la observacion del primer cónsul, sobre que se podian tener noticias de una persona sin recibirlas directamente de ella (2). Es preciso que haya habido falta de noticias desde hace cuatro años. Eso supone que el ausente no ha dejado poder; en efecto, segun el

1 Loeré, *Espiritu del Código civil*, t. II, p. 337.

2 Sesión del consejo de Estado del 16 fructidor año IX (Loeré, t. II, p. 213, núm. 5).

art. 121, si ha dejado poder, sus herederos no pueden seguir la declaracion de ausencia sino despues de diez años contados desde su desaparicion ó desde sus ultimas noticias. Es bastante singular que se exprese asi la ley tratándose de los efectos de la ausencia; evidentemente el art. 125 es la base de la materia. Ese vicio de clasificacion se explica por el cambio que sufrió el proyecto primitivo (1). Creemos inútil entrar en este detalle, toda vez que el sentido de la ley no es dudoso. Pero la interpretacion de los textos da lugar á algunas dificultades.

155. Es sensible la razon de la diferencia que establece la ley entre el caso en que el ausente ha dejado un poder y el en que no lo ha dejado. Bigot-Préameneu lo ha explicado en la Exposicion de los motivos. Citamos sus palabras, de preferencia á las explicaciones de los autores, porque los oradores del gobierno disfrutan de una autoridad de que carecen los simples intérpretes. No se puede tratar con igualdad, dice Bigot-Préameneu, al que ha proveido formalmente á la administracion de sus negocios y al que los ha dejado abandonados. Se considera que el primero ha previsto una larga ausencia, puesto que ha proveido á la principal necesidad que esa ausencia entraña. Está dispensado de la necesidad de una correspondencia aun cuando esté alejado por mucho tiempo. Surgen presunciones opuestas contra el que no ha dejado poder. Se creerá más bien que confiaba en regresar pronto, no suponiéndose que omitiera precaucion tan necesaria, y cuando haya saltado á ella se coloca cuando ménos en la necesidad de supirla por medio de su correspondencia (2).

Los motivos dados por el orador del gobierno nos ayudarán á decidir las dificultades á que ha dado lugar el texto de la ley. Se pregunta si el poder debe ser general. Los

1 Domolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 52, núm. 50.

2 Loqué, *Legislación civil*, t. II, p. 255, núm. 19.

términos de la ley parecen exigirlo. Dice el art. 120: «un poder para la administracion *de sus bienes*, y no *de todo ó parte de sus bienes*, como expresa el art. 412. Considerese por otra parte, que el que quiere alejarse por mucho tiempo del lugar en que está el centro de sus intereses, debe proveer á la administracion de todos sus bienes; un poder dado para un negocio especial, no indicaria la intencion de tener una ausencia dilatada, dado el caso de que el patrimonio permaneciera sin administrador. Sin embargo, no puede sentarse como principio absoluto que el poder deba ser general. Si los bienes de la persona que se ausenta están arrendados por un término largo, no hay necesidad de proveer á su administracion. En ese caso y para indicar el proyecto de un viaje dilatado, bastaria un poder, aunque fuese especial, para manejar los bienes ó los intereses que necesitasen de un gerente. De ahí resulta que la cuestion que ventilamos es una dificultad de hecho más bien que de derecho. La intencion del ausente es la que necesitamos escudriñar, segun la Exposicion de los motivos. Es evidente la intencion cuando el poder es general, y dudosa cuando es especial. El tribunal decidirá, segun las circunstancias (1).

Nada dice la ley acerca de la duracion del poder. Por eso mismo se ha dejado entregada esta cuestion á la apreciacion de los tribunales. Hay en este punto una hipótesis que promueve una cuestion de derecho. En el consejo de Estado, Cambacérès supuso el caso siguiente: «Un hombre, á quien especulaciones mercantiles debian llevar lejos de su residencia, creyó que no podria dar noticia de su persona durante un largo espacio de tiempo, y á fin de impedir que sus herederos se mezclaran en sus negocios, orga-

1 La cuestion ha sido resuelta en diferentes sentidos por los autores (Demolombe, t. II, p. 55, núm. 54; Duranton, t. I, p. 138, núm. 412; Dalloz, *Reptorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 165).

nizó para treinta años la administracion de su patrimonio ¿Surtrá sus efectos este acto?» Tronchet contestó que no tendría validez. «Si es un acto con motivo de muerte, vulnera las disposiciones que consideren la sucesión á sus herederos; y si es un acto intervivos, sólo puede durar el tiempo que se produzca la prueba de la vida del ausente⁽¹⁾.» La respuesta es concluyente. El que vive puede dar un mandato que dure todo el tiempo que viva. Aquel cuya existencia es incierta no puede impedir que la ley llame á la administración de sus bienes á los herederos que tienen un derecho eventual á ellos, sujeto á la condición de su muerto. Agregamos que la hipótesis de Cambacérès no puede ser más improbable. Es una de esas cuestiones ociosas que gustan de ventilar los autores, y que lo más frecuentemente no sirven más que para trasformar el derecho en escolástica.

Es más probable la hipótesis inversa. Quien se aleja por un viaje lejano, dará poder para algunos años; le bastará ese tiempo para dar la vuelta al mundo. Ya no se hace testamento ántes de ponerse en camino; ¡son tan rápidas y seguras las comunicaciones! Pero pueden retardar la vuelta mil circunstancias. Espira el poder dado por dos años, y el ausente no ha regresado á su hogar. ¿Deberá esperarse diez años para pronunciar la declaración de ausencia, ó bastarán cinco años? Salvo algunos disentimientos, los autores están de acuerdo en aplicar en este caso la disposición del art. 122, que previene que los presuntos herederos no podrán proseguir la declaración de ausencia sino después de diez años, aun cuando llegue á cesar el poder; menos cuando tenga que proveerse á la administración de los bienes del ausente, como se hace durante la presunción de

1 Sesión del consejo de Estado del 24 fructidor año IX (Loiré, t. II, p. 227, núm. 29). Consultese á Duranton, t. I, p. 319, núm. 413; Dalloz, en la palabra *Ausentes*, núms. 162-163.

ausencia. Mucho dudamos que tenga que aplicarse esta disposicion cuando llegue á cesar el poder por voluntad del ausente. Véase cómo explica Bigot-Préameneu el art. 122: «Tambien se ha previsto el caso en que cesará el poder por la *muerte* ó cualquier otro *impedimento*. Estas circunstancias no cambian las inducciones que nacen del mismo hecho de que se ha dejado un poder (1).» La palabra *impedimento* que emplea el orador del gobierno, supone un hecho independiente de la voluntad del ausente, y que éste no ha podido prever; tal seria la renuncia del mandatario, ó la imposibilidad en que se encontrara de ejecutar el mandato. Es muy lógico que en estos casos se tome en consideracion por el legislador el hecho del poder, aun cuando cese; pero no sucede lo mismo en el caso en que el ausente haya limitado el poder que diera. Este hecho disminuye la probabilidad de un viaje dilatado, y ya no excusa la falta absoluta de noticias. El ausente, sabedor de que ha concluido el poder que ha dejado, deberia renovarlo. Si no lo hace, surgen graves presunciones contra su vida, y por ende, ha lugar á declarar su ausencia más pronto de lo que seria si el poder llegase á terminar por una causa que debiese ignorar el mismo ausente (2).

Empero, al no aplicar el art. 122 á la hipótesis de un poder dado por un plazo menor de cinco años, no pretendemos decidir que semejante poder sea insuficiente para aplazar á diez años la declaracion de ausencia. La ley no permite adoptar una decision absoluta en esta materia, toda vez que nada dice acerca de la duracion del poder (3). Unicamente el buen sentido aconseja que, miéntras más largo sea el poder, habrá mayor probabilidad de que el auseu-

1 *Exposición de los motivos* (Loiré, t. II, p. 255, núm. 19).

2 Esta es la opinion de Delyincourt, t. I, p. 44, nota 3, y de Zacharie, t. I, p. 295, nota 5.

3 Consultese á Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 58, núm. 55.

te ha querido hacer un viaje dilatado; de ahí nace una probabilidad de vida que impedirá declarar la ausencia. Las probabilidades serán contrarias si el poder es de corta duracion.

156. El plazo de cuatro y de diez años promueve además una cuestion sobre la cual hay controversia. Supóngase que el ausente ha dado noticia de su persona: ¿corre el plazo desde la fecha que tiene la carta ó desde el dia en que se ha recibido? Zachariae dice que esta última fecha es la que debe tomarse en consideracion. Así resulta evidentemente, dice, de la redaccion del art. 115 (1). El articulo expresa: «Cuando una persona se haya ausentado de su domicilio, y *no se tengan noticias suyas despues de cuatro años.*» Estas últimas palabras suponen, en efecto, noticias recibidas; en consecuencia, la ley se refiere á la fecha de la recepcion. Sin embargo, esta interpretacion es generalmente rechazada. Se dice que conduce á esta consecuencia absurda: si la carta escrita por el ausente llegase á su destino despues de dos años, se le reputaria vivo en una época en que quizás y no existiese desde tiempo atrás (2). El absurdo es patente; pero basta eso para separarnos del texto de la ley, suponiendo que haya la evidencia que en él encuentra Zachariae. Más de una vez hemos rechazado esta manera de argumentar. El texto nos obliga, nos encadena; no podemos descarriarnos, demostrando que la ley es absurda; eso corresponde al legislador y no al intérprete. Por lo mismo, en la ley es donde debe buscarse la solucion de la dificultad. ¿Es cierto que es tan evidente como dice Zachariae?

Es preciso no separar estas palabras: «y que despues de cuatro años *no se hayan recibido noticias suyas.*» Se

1 Zachariae, *Curso de derecho civil francés*, t. I, § 151, p. 295, nota 4.

2 Valette sobre Proudhon, t. I, p. 271, nota, Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 167.

aplica tambien el plazo al caso en que el ausente nunca haya dado noticia de su persona. ¿Cómo se cuenta en este caso? El art. 115 dice: «Cuando una persona se haya ausentado del lugar de su domicilio ó residencia.» Así, pues, el plazo corre desde el dia de la desaparicion. Sin embargo, es más que probable que el ausente no haya dejado de vivir en el mismo instante en que se alejó de su domicilio. ¿Por qué, pues, corre desde ese momento el plazo de cuatro años? Porque es el último en que realmente es cierta la vida del ausente. En consecuencia, ese instante es el que debe servir de punto de partida. Pues bien, lo que es verdad cuando el ausente desaparece sin dar noticia de su persona, debe serlo tambien cuando el ausente escribe. El instante en que escribe es el último en que es cierta su existencia. Desde este instante, pues, debe correr el plazo. El art. 120 confirma esta interpretacion. Cuando está declarada la ausencia, pueden pedir la toma de posesion los presuntos herederos. ¿Cuáles son éstos? La ley contesta: Los herederos del ausente *el dia de su desaparicion ó de sus últimas noticias*. En el art. 120 se hace referencia á la fecha de las noticias; ahora bien, esta disposicion es el complemento del art. 120; hablando ingenuamente, los dos artículos no forman más que uno solo, debiéndose á un defecto de redaccion el que estén separados. Nos parece que esto decide la cuestion. Es imposible que tenga otro sentido en el art. 120 la expresion *últimas noticias* que la que tiene en el art. 115 la frase *que no se hayan recibido noticias suyas*; así pues, en todos casos, la fecha es la que se debe considerar.

157. ¿Quién puede pedir la declaracion de ausencia? El art. 115 contesta: *Las partes interesadas*. Ya hemos encontrado la misma expresion en el art. 112, que arregla las medidas que deben tomarse en el primer periodo de la ausencia. ¿Es igual el sentido en el segundo periodo? No;

aunque la expresion sea idéntica, la significacion es esencialmente distinta. Mientras la ausencia es sólo *presumida*, todas las probabilidades están en favor de la vida del ausente, y el legislador se preocupa exclusivamente de sus intereses. En el segundo periodo, por el contrario, la prolongada duracion de la ausencia sin noticias hace nacer dudas sobre la existencia del ausente; en consecuencia, hay probabilidades de muerte. Desde ese momento el legislador ha creido deber dar principio á todos los derechos subordinados á la condicion del fallecimiento del ausente. De ahí la toma de posesion provisional. La declaracion de ausencia es el preliminar de esta posesion. Por lo mismo es lógico que todos los que tienen el derecho de pedir la posesion, lo tienen tambien para promover la declaracion de ausencia. Hé ahí las *partes interesadas* en la segunda parte de la ausencia (1). Se ve que nada hay de comun entre las partes interesadas del segundo periodo y las partes interesadas del primero.

158. Tal es el principio; vamos á hacer su aplicacion. Los presuntos herederos son los principales interesados, porque ellos son los que pueden pedir la posesion provisional de los bienes del ausente. Bajo el nombre de herederos se debe comprender á los sucesores irregulares. Los motivos en que están fundadas la declaracion de ausencia y la posesion provisional, no dejan duda alguna acerca de este punto. Además, tenemos un texto. «Si el cónyuge ausente, dice el art. 140, no ha dejado parientes hábiles que le sucedan, el otro cónyuge podrá pedir la posesion provisional de los bienes.» Lo que la ley dice del cónyuge, se aplica por identidad de razon á los hijos naturales y al Estado. El cónyuge tiene además un derecho que le es es-

1 Morlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 115, núm. 2, (tom. I, p. 48 y siguientes).

pecial; si es comun en bienes, puedo optar por la continua-cion de la comunidad. Tambien bajo este titulo está inter-resado en promover la declaracion de ausencia.

La ley no convoca solo á los presuntos herederos á la posesion provisional, dice que «todos los que tuvieren so-bre los bienes del ausente derechos subordinados á la con-dicion de su fallecimiento, podrán ejercerlos provisional-mente.» Tales son, dice el art. 123, los donatarios y le-gatarios. Por donatarios entiende el código á los herederos que se derivan de un contrato, á los cuales ha dado el au-sente todo ó parte de los bienes que dejará á su muerte. Tales son tambien los que están llamados á una sustitucion autorizada con que esté gravado el ausente, el ascendiente donatario, el donatario con estipulacion del derecho de rein-tegro, el propietario de unos bienes de los que el ausente te-nia el usufructo (1). Hay, no obstante, alguna duda para to-das esas personas; son partes interesadas en el sentido de que la ley les permite pedir la posesion provisional, para la cual es una condicion prévia la declaracion de ausencia. Pero el art. 113 no les permite pedir la posesion provi-sional bajo el mismo titulo que los presuntos herederos; parece exigir que ante todo hayan obtenido los herederos la posesion provisional; entonces, dice, se abrirá el testa-miento, entonces todos los que tienen derechos subordina-dos á la condicion del fallecimiento del ausente, podrán ejercerlos. ¿No es esto decir que únicamente los presuntos herederos tienen la iniciativa, y que los demás que tengan dereccho deben esperar á que los herederos hayan promo-vido la declaracion de ausencia y pedido la posesion provi-sional? Esta interpretacion restrictiva de la ley es rechazada generalmente, y con razon. En lo relativo á la declaracion de ausencia, tenemos un texto: las *partes interesadas*, dice el

1. Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 323, núm. 419.

art. 115, pueden promover. Hé ahí una expresión general que comprende á todos aquellos de quienes la ley toma en consideración los intereses en el segundo período de la ausencia. Basta, pues, que una persona tenga un derecho subordinado á la condición del fallecimiento del ausente, para que sea parte interesada. Poco importa cuándo y bajo qué condiciones ejerza este derecho; está en todo caso interesada en que sea declarada la ausencia, puesto que sin este requisito no puede obtener la posesión. Tratándose de la posesión provisional, veremos que se necesita ir más lejos y decidir que los que tienen derechos subordinados á la defunción del ausente pueden ejercerlos, aún cuando los presuntos herederos no pidieran la posesión. Esta es una razón decisiva para darles el derecho de promover la declaración de ausencia (1). La jurisprudencia está en este sentido (2).

Se presenta otra cuestión que nos parece mucho más dudosa. Se pregunta si los cesionarios de los presuntos herederos pueden promover la declaración de ausencia. La solución depende de saber si los herederos pueden ceder sus derechos. Más adelante examinaremos la cuestión. Nos falta ver si las personas que son partes interesadas en el primer período pueden pedir la declaración de ausencia. La negativa nos parece evidente. Se trata de acreedores y del ministerio público. En cuanto á los acreedores del ausente no tienen ningún interés en pedir la declaración de ausencia, porque esta declaración es un preliminar requerido para que pueda tener lugar la posesión; ahora bien, ¿si ellos no pueden obtenerla, con qué objeto harían declarar la ausencia? Por lo demás, no tienen necesidad de la declaración de ausencia ni de la toma de posesión provi-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes* (t. I, p. 49 y siguientes). Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 172.

2 Sentencia de la corte de Colmar de 26 de Junio de 1823 (Dalloz, en la palabra *Ausentes*, núm. 177).

sional, toda vez que pueden proseguir el ejercicio de sus derechos sin que haya posesion, y bastarán para proteger sus intereses las medidas que á pedimento suyo prescriba el tribunal para la administracion de los bienes del ausente (1). Es más evidente todavía que el ministerio público no puede proseguir la declaracion de ausencia; su accion no tendria ningun objeto, puesto que no daria ningun resultado, no pudiendo el ministerio público pedir la posesion, ni obligar á los herederos á pedirla. Tambien el código dice (art. 114) que el ministerio público está especialmente encargado de velar por los intereses de las personas *que se reputan ausentes*.

Segun el art. 116, la informacion que se levanta para llegar á la declaracion de ausente, debe tener lugar con audiencia del procurador del rey. Eso prueba que el ministerio público, lejos de tener la mision de promover la declaracion de ausencia, está más bien llamado á combatirla. Debe cuidar de que la informacion se haga con imparcialidad á fin de que se descubra la verdad; si cree que el ausente vive todavía, debe oponerse á que sea declarada la ausencia. Está colocado en el lugar que le señala el art. 114, puesto que vigila en interés de uno á quien se reputa ausente.

159. ¿Cuál es el tribunal competente para pronunciar la declaracion de ausencia? No lo dice el art. 115. En el consejo de Estado, el ministro de justicia dijo que el tribunal del domicilio debe ser el juez de la ausencia (2). Debe agregarse: ó el tribunal de la residencia, si el ausente no tiene domicilio ó no se le conociese. Todos están de acuerdo; pero por qué el tribunal del domicilio es el único competente? Hay autores que contestan: Porque se trata de

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 322, núm. 415.

2 Sesión del 24 fructidor año IX. (Loeré, t. II, p. 222, núm. 13).

una cuestion de estado (1). ¿En qué se interesa el estado de un ausente, en el fallo que declara la ausencia? Cuidémonos de esas palabras huecas que nada dicen á la mente. La razon de que intervenga el tribunal del domicilio del ausente en todos los periodos de la ausencia, es muy sencilla. Es la aplicacion de un principio general; todos los actos judiciales ó extrajudiciales que interesan á una persona se verifican en su domicilio. Para el ausente sobre todo debe ser así; en su domicilio es en donde es conocido el ausente, allí es donde tiene sus relaciones, y allí es donde se tendrá noticia de su persona; en consecuencia, el juez del domicilio, por la naturaleza de las cosas, es el único competente para declarar la ausencia.

160. El código prescribe las formalidades que deben llenarse para llegar á la declaracion de ausencia. Debemos detenernos en este punto, porque esas medidas tienen por objeto garantizar los intereses del ausente. El art. 116 dice que para hacer constar la ausencia, el tribunal, despues de examinar todos los documentos presentados, dispondrá que se haga una informacion con audiencia del procurador imperial. Se pregunta si el tribunal debe ordenar la informacion cuando las piezas ó documentos le den la conviction de que el ausente vive todavia, y que, en consecuencia, puede volver de un momento á otro. Es evidente que no, y todos están de acuerdo en ello. En principio, el tribunal no debe levantar informacion cuando esté suficientemente instruido. ¿Pero se deberá deducir de esto que el tribunal podria declarar la ausencia sin proceder á una informacion? Toda la economia de la ley prueba lo contrario. Desde luego el art. 116 está concebido en términos imperativos: «el tribunal *dispondrá*.» Luego el tribunal no puede declarar inmediatamente la ausencia; se necesita

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 26, núm. 20.

el intervalo de un año entre el fallo que haya ordenado la informacion, y la declaracion. Así, pues, es de todo punto necesario que intervenga un fallo que determine la informacion, y, en consecuencia, que la informacion se levante. Por ultimo, ese fallo preparatorio deberá hacerse público (arts. 119 y 118). La informacion es, pues, un elemento esencial del procedimiento (1). Eso se concibe. La informacion hace conocer las causas de la ausencia, las razones que la pueden prolongar, los motivos que tiene el ausente para no dar noticia de su persona, las circunstancias que hacen probable su muerte; despues de la reunion de estos hechos es cuando decidirá el juez si hay ó no incertidumbre sobre la vida del ausente.

La ley cuida de que la informacion ministre al tribunal todos los hechos que sea posible recoger. Se hace en todos los lugares en que el ausente tenga un establecimiento; si tiene una residencia distinta de su domicilio, habrá dos informaciones, y se harán tres si tuviere dos residencias. La ley previene que la informacion se levante con audiencia del procurador del rey; prevé que los herederos que promueven la declaracion de ausencia, teniendo interés en hacerla declarar para disfrutar de los bienes del ausente, presenten testigos complacientes ó ignorantes, lo que daria margen á ocultar la verdad en vez de revelarla. El ministerio público velará por los intereses de aquel que todavía no está reputado ausente.

Estas dobles ó triples informaciones no implican que varios tribunales estén llamados á declarar la ausencia. De ello podrían resultar fallos contradictorios. El tribunal del domicilio es el único que determina la informacion; si debe levantarse alguna en la jurisdiccion de otro tribunal, el del domicilio le dirige un recado suplicitorio al efecto. Así es

1 Mareadé, t. I, p. 262, art. 116, núm. 1. Duranton, t. I, p. 329, núm. 422. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 188.

como ha explicado el ministro de justicia la economia de la ley en el consejo de Estado (1).

La informacion no liga al juez. Aun cuando estableciera que desde hace cuatro ó diez años desaparicio una persona sin dar noticias suyas, no obligaria al tribunal á declarar la ausencia. Segun el art. 117, el tribunal, al determinar en vista de la demanda, tendrá en cuenta los motivos de la ausencia y las causas que han podido impedir tener noticia del individuo reputado ausente. «Tal seria, dice Bigot-Préameneu, el proyecto que el ausente habria anunciado de permanecer varios años en alguna region lejana; tal seria la empresa de un viaje por tierra ó mar, que por su objeto ó grandes distancias exigiera un tiempo dilatado. Los jueces podrán tambien inquirir en las informaciones si ha habido causas particulares que impidan el que reciban noticias del ausente. Tales serian la cautividad, la perdida de un buque ó otros acontecimientos que pudieran determinar al tribunal prolongar los plazos (2).»

El poder discrecional confiado al juez promovió reclamaciones en el seno del consejo de Estado. Bérenger hizo notar que las leyes que dejan demasiada extension á los tribunales engendran la arbitrariedad y despojan á los ciudadanos de la garantía que debe ofrecerles una justicia imparcial e immutable. Por el contrario, contestó el primer cónsul, las leyes que encadenan al juez y que le quitan toda libertad de accion, producen un inconveniente mucho más grave; obligan al juez á dictar sentencias que repreeba su conciencia, es decir, a dar fallos injustos; débese, pues, dejar cierta facultad á los tribunales á fin de que puedan tomar en cuenta las circunstancias de la causa. Thibaudeau apo-

1 Sesión del 24 fructidor año IX (Lotré, t. II, p. 222, núm. 13. Consultese la exposición de los motivos de Bigot-Préameneu (Lotré, t. II, p. 254, núms. 14 y 15).

2 Lotré, *Legislación civil*, t. II, p. 254, núm. 16.

yó las consideraciones presentadas por el primer cónsul: la ausencia, dijo, no tolera reglas tan precisas como las demás materias del derecho civil; el legislador está obligado á guiarse por presunciones fundadas en probabilidades. Esto significa que los hechos representan un papel importante en la ausencia; ahora bien, los hechos no pueden reducirse á principios inmutables. Se debe, por lo mismo, dejar al juez el poder de apreciarlos (1). Esta observacion, en concepto nuestro, es concluyente. Cuando la ley puede sentar una regla absoluta, debe hacerlo; porque se necesita una ley que ate al juez, si se quiere una justicia imparcial. Pero cuando la regla absoluta diera por resultado la iniquidad, entonces debe darse cierta facultad al juez.

164. El art. 119 dice que la sentencia de la declaracion de ausencia no se pronunciará sino un año despues del fallo en que se ordenara la informacion. Para comprender el objeto de esta disposicion se necesita acercarla al art. 118, segun el cual los fallos, tanto preparatorios como definitivos, se remitirán al ministerio de justicia para que los haga publicos. La publicidad es una garantia de gran valor para el ausente: le hará saber, si vive todavía, que sus presuntos herederos piden la declaracion de ausencia, á fin de obtener la toma de posesion provisional de sus bienes. Podrá prevenir una y otra dando noticia de su persona. El primer cónsul fué quien insistió en el consejo de Estado, sobre la necesidad de dar la mayor publicidad á las medidas, tanto preparatorias como definitivas, prescritas por los tribunales. Su proposicion tuvo alguna resistencia entre los legistas; segun éstos, siendo tan activas las relaciones internacionales, seria una precaucion inútil la publicacion de los fallos. El primer cónsul contestó que la ausencia suponia precisamente circunstancias excepcionales,

1 Sesión del consejo de Estado del 4 trimario año X (Loiré, t. II p. 234, núm. 11).

y que en consecuencia, era necesario multiplicar los medios de obtener noticias del ausente (1).

El código no reglamenta la publicidad. Bigot-Prámena dice, en la Exposición de los motivos, que el ministerio de justicia empleará no solo el medio de los papeles públicos, sino que también pondrá en juego, en las plazas de comercio, las correspondencias con todas las partes del globo. De esta manera todos los que estén en relación con el ausente podrán dar noticias de su persona, y el mismo ausente podrá conocer, por la fama, las consecuencias perjudiciales de su prolongada ausencia (2).

SECCIÓN II.—De la toma de posesión provisional.

§ 1º ¿Quién puede pedirla?

NUM. 1. DE LOS PRESUNTOS HEREDEROS.

162. El art. 120 dice que los presuntos herederos del ausente, ^{el día} de la desaparición de éste ó de sus últimas noticias, podrán en virtud del fallo que haya declarado la ausencia, obtener la posesión provisional de sus bienes. ¿Por qué convoca la ley á los presuntos herederos de esta época, más bien que á los parientes, que son herederos á la hora de la declaración de ausencia? De pronto se tiene la intención de decir que la ley implica un absurdo. Efectivamente; ¿poner en posesión á los presuntos herederos el día de la desaparición ó de las últimas noticias, no es suponer que el ausente ha muerto el mismo día en que dejara su domicilio, ó el en que escribió su última carta? Hé ahí una presunción que por cierto no estaría fundada en una

1 Sesión del consejo de Estado del 16 fructidor año IX (LoCré, t. II, p. 214, núm. 12).

2 LoCré, *Legislación civil*, t. II, p. 254, num. 13 y 17.

probabilidad. Tampoco es una verdadera presuncion. Debiase necesariamente fijar una época; la ley, en la incertidumbre absoluta en que se encuentra sobre la suerte del ausente, se ha decidido por aquella en que ha dado la última señal de vida.

Por aplicacion del principio sentado en el art. 120, debe decidirse que los hijos concebidos en una época posterior á la desaparicion ó á las últimas noticias, no pueden obtener la toma de posesion provisional. La consecuencia, por evidente que sea, ha sido debatida; pero la jurisprudencia se ha pronunciado en ese sentido; ¿y cómo es posible vacilar un momento? Es necesario ser heredero á la hora de la desaparicion ó de las últimas noticias; ahora bien, ¿se puede ser heredero cuando no se ha sido concebido, cuando no se existe aún (1)?

¿Quiénes son los presuntos herederos que pueden pedir la toma de posesion? Entiéndese por presuntos herederos á aquellos á quienes la ley convoca á la sucesion; en consecuencia, los parientes en el órden en que suceden, y en cada órden, los más cercanos en grado, salvo el beneficio de representacion. ¿Si no se presentan los herederos más cercanos, podrán obtener los demás la toma de posesion? La afirmativa es indudable. Si por lo regular los más inmediatos deben ser puestos en posesion, se supone que ellos la piden; pero esta es una facultad de que pueden no hacer uso; su inaccion no debe impedir á los demás parientes presentarse. Porque, no lo olvidemos, la ley concede la posesion provisional ~~ya~~ a los herederos, más que en su interés, en el del ausente; así, pues, cuando los más cercanos descuidan los intereses del ausente, hasta el extremo de no

1 Dos sentencias de la corte de Tolosa han decidido la cuestion en diferente sentido; no tienen autoridad alguna en presencia del texto expreso del art. 120. Véanse las sentencias de la corte de cassacion de 3 de Diciembre de 1834 (Dalloz, *Compilacion periódica*, 1835, 1, 135, y sentencia de Douai de 12 de Julio de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 292).

pedir ni aun la posesion, deben ser admitidos los demás parientes. Es necesario no deducir de esto que los parientes más próximos que no han pedido la posesion, sean excluidos por los parientes más lejanos que se hayan presentado. Subsiste su derecho, y siempre pueden ejercerlo; por mucho tiempo que trascurra no habrá prescripcion. Se ha fallado que el heredero, igual en grado con otros coherederos, que no hayan sido parte en el fallo, puede, no obstante, obtener la posesion (1). Existe identidad de razon en el caso en que los parientes más lejanos en grado hubieren obtenido la posesion.

163. ¿Qué debe decidirse si llegasen á fallecer los presuntos herederos el dia de la desaparicion ó de las últimas noticias? ¿Trasmiten á sus herederos el derecho de obtener la posesion provisional? Todos los autores admiten ese derecho de trasmision. El dia de la desaparicion del ausente, sus presuntos herederos eran dos primos hermanos; uno fallece ántes de la declaracion de ausencia dejando hijos; éstos podrán pedir la posesion provisional en concurrencia con el primo supérstite, ejerciendo un derecho que le ha sido trasmisido por su padre. Si no disfrutasen del derecho de trasmision, serian excluidos de la posesion, puesto que están un grado más lejos que el primo hermano del ausente. Merlin funda el derecho de trasmision en la antigua jurisprudencia y en los principios del código civil. Tres decretos del parlamento de París han admitido la trasmision. El art. 120 la acepta implicitamente. «¿Qué hace, en efecto, al referirse al dia de la desaparicion ó de las últimas noticias, para determinar á quién debe ser concedida la posesion provisional? Decide, dice Merlin, que el derecho de pedir esta posesion ha sido afec-

1 Sentencia de Bourges de 2 de Marzo de 1831 (Dalloz, *Repetorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 215); sentencia de Bruselas de 22 de Julio de 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 188).

to al heredero presunto de aquella época; que ese heredero no lo ha perdido después por los cambios supervinientes en el orden de la parentela. Ahora bien, desde que ese derecho es afecto al heredero presunto el día de la desaparición, debe ser trasmisible a los herederos de éste (1).» Esta doctrina, observada por todos los autores, es también aplicada por la jurisprudencia (2). Admitimos la decisión, pero negamos el motivo en que está fundada. En concepto nuestro, los que son puestos en posesión sucediendo al presunto heredero el día de la desaparición, reciben su derecho de la ley y no del difunto.

De esto hay una prueba que nos parece irresistible. El presunto heredero el día de la desaparición no tiene derecho; en consecuencia no puede trasmisir ninguno. Decimos que no tiene derecho. Efectivamente, la ley no lo convoca en razón de su derecho, sino en razón del interés que tiene, como propietario eventual, en conservar los bienes del ausente. Este interés no es un derecho, por mucho que se funde en un derecho eventual. La misma ley nos lo dice. Si el ausente deja un cónyuge común en bienes, éste, al optar por la continuación de la comunidad, impide la toma de posesión provisional de los bienes del ausente. ¿Qué se hizo entonces el *derecho* de los presuntos herederos, derecho que se pretende estar en su patrimonio, puesto que lo trasmiten? ¡Cómo! ¡un derecho está en mi patrimonio, es decir, es mi propiedad, y la ley permite que se me despoje de ese derecho sin indemnización ninguna! Semejante derecho no es un derecho. Hablando con exactitud, es una obligación, obligación que los presuntos herederos pueden aceptar ó rechazar, obligación que les es conferida en interés del ausente.

1 Merlin, *Repetorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 120, núm. 2 (t. 1, p. 52 y siguientes).

2 Dallez, *Repetorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 231-233.

¿Por qué pasa esta obligacion á los sucesores de los presuntos herederos? Ya lo hemos dicho; la ley debia fijarse en una época para determinar quiénes serian los parientes á los que se concederia la toma de posesion. Se decidió por el dia de la desaparicion ó de las últimas noticias. De aquí que no pudiese tomar en consideracion los cambios que se verificarian por la muerte, entre aquella época y la de la posesion, porque si los hubiera tenido en cuenta, se encontraría cambiada la época; la posesion habria sido concedida á los herederos del dia de la declaracion de ausencia ó del fallo que declara la posesion. En virtud de la ley, es, pues, como los sucesores del presunto heredero fallecido son puestos en posesion, y no en virtud de un derecho que reciben de su autor.

Creemos que observando los mismos principios es como debe decidirse si el presunto heredero puede ceder su derecho, si puede legarlo, y si sus acreedores pueden ejercerlo. Al tratar de los derechos de las posesiones provisionales volveremos á entrar en estas cuestiones. Recordamos tambien que bajo el nombre de herederos debe comprenderse á los sucesores irregulares. La ley lo dice respecto del cónyuge del ausente (art. 140). Lo mismo es tocante á los hijos naturales y al Estado. La jurisprudencia y la doctrina están unánimes acerca de este punto que no admite la menor duda (1).

NUM. 2. DE LOS QUE TIENEN DERECHOS SUBORDINADOS A LA DEFUNCION DEL AUSENTE.

164. Ya dijimos que los que tienen derechos subordinados á la condicion del fallecimiento del ausente pueden promover la declaracion de ausencia como partes interesa-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 228, 229, 270. Consultese la sentencia de Colmar de 18 de Enero de 1859 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1851, 2, 161).

das. El art. 120 dice que pueden ejercer provisionalmente sus derechos. Tambien es una posesion provisional y està fundada en las mismas razones que la posesion provisional de los presuntos herederos. El ausente està interesado en que se administren sus bienes por aquellos que tienen mayor interès en su conservacion. Ahora bien, hay bienes que no pertenecen á los presuntos herederos: tales son los bienes á que està llamado el donatario por contrato de matrimonio. Igualmente pueden ser enteramente excluidos los herederos *ab intestat* si hay un donatario ó legatario universal. De aquí que la ley no pudiese limitar la posesion provisional á los presuntos herederos; esto habria sido comprometer los intereses del ausente, que tenia por objeto proteger. Hé ahí por qué hay posesion provisional en todos los bienes del ausente.

165. El principio es muy sencillo, pero la aplicacion produce dificultades muy serias. Resultan del texto del art. 123. No puede ser más clara la ley. No coloca en la misma linea á los presuntos herederos y á los demás que tienen derecho. Los presuntos herederos son los que en primer lugar deben pedir la posesion provisional; despues de esto se abre el testamento, y los legatarios, los donatarios y todos los que tienen derechos subordinados á la defuncion del ausente estan llamados á ejercerlos provisionalmente. Tales es la marcha que debe seguirse por lo regular; todos estan de acuerdo en este punto (1). Es tan expreso el texto que no deja lugar á duda. ¿Cuál es la razon por que la ley subordina el ejercicio de los derechos del legatario y del donatario á la toma de posesion provisional de los presuntos herederos? Sus derechos son de la misma naturaleza, todos comienzan con la defuncion; ¿por qué, pues, el ejercicio està subordinado al de los otros? Hay más: el derecho del

1 Sentencia de la corte de Gante de 6 de Julio de 1833, sobre las conclusiones del procurador general (*Pasicrisie*, 1833, 196).

legatario, cuando es universal, y no tiene reservatarios, domina el de los herederos legítimos. En cuanto al derecho del donatario es el más poderoso y el más cierto de todos, puesto que está fundado en un contrato y no puede serle quitado. Se ve, pues, que los derechos más poderosos están subordinados á un derecho que puede ser anulado por los que le están subordinados. Eso parece soberanamente ilógico. Para explicarse la marcha prescrita en el art. 123, es necesario colocarse en la hipótesis que la ley prevé, la del concurso de los presuntos herederos y de los demás que tienen derecho. Hay parientes legítimos, y hay legatarios ó donatarios que no toman más que una parte de la herencia. Es natural que, en este caso, los presuntos herederos obtengan desde luego la toma de posesión porque son los opositores de los legatarios y de los donatarios. Se trata de conservar los bienes del ausente. ¿Quién tiene interés más grande? Evidentemente los que están llamados á recogerlos, y que los recogerán todos si caen los legados y las donaciones.

Pero si tal es la marcha regular que debo seguirse, quiere decir, que si los presuntos herederos no obraran, si no fuesen puestos en posesión, ¿podrían impedir por eso el ejercicio de todos los derechos subordinados á la condición del fallecimiento del ausente? La jurisprudencia y la doctrina se han declarado por la negativa. Lo que ha decidido á los autores y á los tribunales es que habría absurdo é iniquidad en paralizar los derechos de los donatarios y legatarios por el descuido ó mal querencia de los parientes legítimos. Si éstos saben que existe un contrato de matrimonio ó un testamento que los deshereda, se cuidarán mucho de pedir la posesión provisional, toda vez que en ello no tienen interés alguno. ¿Se dirá que en ese caso los donatarios y los legatarios no podrán ejercer sus derechos (1)? Serían evidentes

1 Duranton, t. I, p. 324-326, núm. 420. Marcadé, t. I, p. 271, núm. 2.

el absurdo y la iniquidad. Pero ya varias veces hemos dicho que los argumentos sacados de la injusticia de la ley están dirigidos al legislador; el intérprete solo tiene que considerar el espíritu y el texto que la ha dictado. Pues bien, creemos que el texto y el espíritu de la de ley están por la opinión general.

El texto dice: *Cuando los presuntos herederos hayan obtenido la toma de posesión provisional.* Merlin hace notar que esta disposición no está concebida en términos restrictivos. No conteniendo más que el ejercicio provisional de los derechos subordinados a la condición del fallecimiento del ausente, *no tendrá lugar más que cuando los herederos hayan obtenido la posesión provisional.* La ley dice únicamente: «Cuando la hayan obtenido los herederos.» Es notable la diferencia entre las dos locuciones. Encuentramos la expresión del art. 123 en el art. 46. «*Cuando* no existieren registros del estado civil, los matrimonios, nacimientos y defunciones podrán ser probados con testigos.» ¿Qué deducción ha sacado la jurisprudencia de esta redacción? Se ha inferido de ello que verdaderamente la regla general es que la prueba de testigos de los actos del estado civil no puede ser admitida sino en las circunstancias previstas por la ley; pero que no deja de haber circunstancias imprevistas en las que debe ser recibida esta prueba (1). El art. 123 nos ofrece precisamente la misma construcción que el art. 46; debe, pues, interpretársele de la misma manera, quiere decir, resolver que la ley prevé los casos ordinarios, como hace con bastante frecuencia el legislador: éste se ocupa sólo de lo que sucede comúnmente. Pero cuando, por excepción, se presenta un caso en que el interés del ausente exige que los donatarios y los legatarios pudiesen ejercer sus derechos sin esperar que los

1 Véanse las páginas anteriores, núms. 47 y 48.

presuntos herederos pidan la posesion provisional, será necesario permitirsela. No se opone el texto de la ley, y el espíritu lo exige. Proudhon lo ha hecho notar. ¿Por qué organiza la ley la posesion provisional? En interés del ausente, á fin de que sus bienes sean administrados por los que están interesados en manejarlos con cuidado. Si pues el presunto heredero no procede, porque existe un contrato de matrimonio ó un testamento, sería marchar contra el espíritu de la ley suspender el ejercicio provisional de los derechos de los legatarios y donatarios, puesto que de ello resultaría que los bienes del ausente permanecerían sin esta administración vigilante que la ley ha querido establecer; la posesion provisional que el legislador ha organizado en su favor, se volvería en su contra (1).

Hay, sin embargo, un motivo de duda. Cuando fué dirigida la comunicacion oficiosa del título III al Tribunado, los tribunos pidieron la supresion del principio del art. 123, que parece no permitir el ejercicio de los derechos subordinados al fallecimiento del ausente sino cuando los herederos hubiesen obtenido la posesion provisional. En las Observaciones de la sección de legislacion del Tribunado se lee: «Esta posesion puede no tener lugar nunca, puesto que es puramente facultativa para los herederos. No se puede remitir el ejercicio de un derecho existente á la época de un hecho que puede no llegar á verificarse. Ha parecido, pues, que debería permitirse el ejercicio del derecho despues de la declaracion de ausencia (2).» No consta que el consejo de Estado haya deliberado acerca de la proposicion de los tribunos; de todas maneras no fué admitida.

1 Merlin, *Repetorios*, en la palabra *Ausentes*, art. 123, núm. 3 (t. I, p. 63 y siguientes). Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 299.

2 Loeré, *Legislacion civil*, t. II, p. 245, núm. 2.

¿Debe deducirse de esto que fué rechazada de un modo absoluto? Eso sería raciocinar muy mal. El art. 123 no era limitativo, ni ha llegado á serlo al no admitirse la proposición del Tribunado. Esta proposición estaba mal concebida; la regla general sentada en el art. 123, debía ser conservada, á no ser que se autorizara á los jueces á separarse de ella; miéntras que la excepción del Tribunado hacia la regla, lo que era poco lógico. Sin duda por esta razon no adoptó el consejo de Estado el cambio de redaccion que el Tribunado propuso.

Vienen luego los informes y discursos que hacen nacer nuevas dudas. En el informe rendido al Tribunado por Leroy, dice éste terminantemente que el ejercicio de los derechos del legatario depende de la voluntad del presunto heredero, quien puede, segun sus intereses, reclamar ó no la posesion provisional; ahora bien, esta posesion es la condicion necesaria de la apertura del testamento. Leroy justifica la interpretacion que da al art. 123 con la consideracion de que el testamento puede haber sido revocado, y que por tanto los derechos ménos precarios del heredero legítimo deben destruirlo (1). Mala razon, porque una posibilidad de revocacion no debe servir de fundamento para estorbar el derecho del legatario. Cosa singular, el mismo relator da una razon excelente para que no suceda así. No hay diferencia, dice, entre los derechos de los presuntos herederos, y los de los donatarios y legatarios. ¿No tienen el derecho del heredero legítimo y el del heredero testamentario un origen comun y único en la ley que los reconoce? Un derecho tiene algo de absoluto que no admite más ó ménos. Esto es de una evidencia completa. ¿Pero quién no ve que eso destruye la argumentacion del informe? ¡Cómo! ¡son iguales dos derechos y subordinais el uno

1 Locré, *Legislacion civil*, t. II, p. 264, níms. 11 y 12.

al otro hasta el punto de hacer imposible su ejercicio! ¡El ejercicio del uno empieza con la condicion del ejercicio del otro! Se necesitaria un texto muy positivo para aceptar semejante anomalia. ¿Pero dice la ley lo que Leroy le hace decir? No, la ley no establece condicion; prevé únicamente lo que se hace en los casos ordinarios, lo cual conduce á una consecuencia muy diferente.

Otro tanto diremos del discurso del orador del Tribunal. Huguet dice igualmente que habria injusticia en privar á los legatarios y donatarios del goce de los bienes que les son devueltos; que puesto que se pone á los presuntos herederos en posesion provisional, lo que para ellos es una sucesion anticipada, es forzoso, por una consecuencia necesaria y justa, dar tambien á los legatarios y donatarios el goce de sus legados y donaciones; pero añade esta restriccion: *en el caso únicamente de la toma de posesion de los herederos* (1). Repetimos que estas expresiones restrictivas no se encuentran en la ley; que ponerlas allí es alterar el texto y el espíritu.

A los informes y discursos de los tribunos, opondremos las palabras de Bigot-Préameneu, orador del gobierno. Coloca en la misma linea á todos los que tienen derecho y no dice ni una palabra de la que pueda inferirse que los unos están subordinados á los otros: «La apertura de los testamentos y su ejecucion provisional, deben ser autorizadas por los *mismos motivos* que hacen dar á los presuntos herederos la posesion de los bienes. El derecho que reciben de la ley y el que los legatarios reciben de la voluntad del ausente, deben igualmente comenzar con motivo de la muerte; si pues por efecto de la declaracion de ausencia, el tiempo en que estuviere comprobada la muerte se hubiera anticipado por la toma de posesion de los he-

1 Locré, *Legislacion civil*, t. II, p. 270, núm. 12.

rederos, *debe serlo igualmente* por una entrega provisional á los legatarios.» Bigot-Préameneu agrega: «Esos principios y esas consecuencias se aplican á todos los que tuvieran sobre los bienes del ausente, derechos subordinados á su defuncion; podrian ejercitarlos provisionalmente (1).»

Tal es el verdadero espíritu de la ley. Nuestra conclusion es que todos los que tienen derecho pueden ejercitarlo sin que los presuntos herederos hayan pedido la posesion provisional. Decimos *todos* los interesados. Se ha querido establecer una diferencia entre los legatarios universales y los legatarios á título universal ó á título particular, rehusando á éstos el ejercicio provisional de sus derechos, que se concede á los primeros (2). Eso no es lógico. Bajo el punto de vista de la apertura del derecho, no hay ninguna diferencia entre las diversas especies de legados; todos deben estar colocados en la misma linea. No es posible prevalerse de que el legatario universal tiene á veces la ocupacion, porque ésta no ejerce influencia alguna en materia de ausencia; estrechados los herederos, deben pedir la toma de posesion, lo mismo que los sucesores que no tienen la ocupacion. Tal es tambien la opinion generalmente seguida (3).

La jurisprudencia ha aceptado la doctrina que acabamos de exponer. Una sentencia hábilmente motivada de la corte de Orleans, ha reproducido los argumentos de Merlin y de Proudhon; la sentencia dice muy bien, que los derechos de los donatarios y legatarios, comienzan no por la toma de posesion de los herederos, sino por el sólo hecho de la declaracion de ausencia. Efectivamente, segun el art. 145, esta declaracion puede ser promovida por todos los terceros interesados aparte de los herederos; puede, por lo mis-

1 Exposicion de los motivos en Loiré, t. II, p. 256, núm. 22.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 271, núm. 3.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 251.

mo, ser declarada por el juez independientemente de la demanda de los herederos, y aun á pesar de su negativa. Ahora bien, desde que existe la declaracion de ausencia, debe producir sus efectos para todas las partes; desde ese momento esta declaracion debe abrir todos los derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente (1). ¿Se concebiria que la ley diere á los legatarios y donatarios el derecho de promover la declaracion de ausencia sin el concurso de los herederos y aun á pesar suyo, y que despues les rehusase el ejercicio provisional de sus derechos, cuando la declaracion de ausencia no es más que un preliminar de la posesion provisional?

Hay una sentencia de la corte de Gante, que parece ménos explícita. La corte sienta en principio que la toma de posesion provisional de los herederos, debe preceder al ejercicio provisional de los demás derochos subordinados á la condicion del fallecimiento del ausente. Eso es incontestable, puesto que lo dice el art. 123. Pero la corte admite que puede haber circunstancias en que los interesados obtienen el ejercicio de sus derechos sin que haya habido posesion provisional. Unicamente la sentencia quiere que en ese caso sea intentada la accion contra los herederos legítimos (2). Hablando con más claridad, conviene decir que los herederos sean puestos en litigio. No están en posesion, en consecuencia, la accion no puede ser intentada contra ellos; pero son los opositores legítimos de todos los que reclaman derechos sobre los bienes del ausente. Así resulta, si no del texto, al ménos del espíritu de la ley.

1 Sentencia de 25 de Junio de 1825. (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 248.

2 Sentencia de 6 de Julio de 1833 (*Passerelle*, 1833, 197)

§ 3. Sobre qué bienes procede la posesión provisional.

166. El art. 120 dice que los presuntos herederos podrán obtener la posesión provisional de los bienes que pertenecían al ausente el día de su partida ó el de sus últimas noticias. Eso implica que la posesión no comprende los derechos que podrían comenzar en beneficio del ausente después de su desaparición. Tal es, en efecto, la teoría del código de Napoleón, que más adelante expondremos. Supóngase que se abre una sucesión, á la que sería llamado el ausente si viviera aún. El art. 136 dice que recaerá exclusivamente en aquellos con los que habría tenido el derecho de concurrir, ó en su defecto en los que la hubieren recogido. La ley agrega: *Si la existencia del ausente no está reconocida.* Estas palabras se aplican, como veremos, á la presunción de ausencia. Pero como en este primer periodo todas las probabilidades están todavía por la vida del que ha dejado su domicilio, sucede con frecuencia que los herederos presentes no niegan la existencia del ausente, y le abonan una parte en los bienes, la cual es entregada á los representantes del ausente, al curador nombrado por el tribunal ó al notario. Creemos que éste no tiene calidad ninguna para ejercitar los derechos del ausente, á no ser que el tribunal lo haya investido de ese poder; aun así, debe todavía depositar el numerario en la caja de consignación, como dijimos antes. Si después es declarada la ausencia y si los presuntos herederos son puestos en posesión, ¿podrán reclamar la parte abonada al ausente en la herencia? El art. 120 decide la cuestión. ¿Pertenecían al ausente estos bienes el día de su desaparición? No, puesto que todavía no estaba abierta la herencia. No puede decirse que la partición le haya transmitido la propiedad de los bienes puestos en su porción, porque la partición

cion no hace más que liquidar derechos preexistentes, no establece derechos nuevos. La particion supone, pues, que el ausente ha podido heredar, es decir, que vivia aún cuando se abrio la herencia. Pero esta suposicion queda destruida con el fallo que declaró la ausencia, y con la toma de posesion de los presuntos herederos. Estos no tienen ninguna calidad para pedir los bienes que han sido atribuidos provisionalmente á la persona ausente por la particion. En efecto, la posesion que han obtenido se funda en una probabilidad de muerte, en tanto que no podrian reclamar los bienes recaidos en el ausente, habiendo certidumbre de vida. Su reclamacion estaria, pues, en contradiccion con su titulo; es decir, que es inadmisible (1).

167. ¿Qué debe entenderse por bienes *pertenecientes al ausente* á la hora de su desaparicion? Todos los que estan bajo su dominio, poco importa que tenga sobre ellos un derecho actual ó eventual. Un derecho condicional està bajo el dominio del acreedor, tanto como un derecho puro y simple, puesto que pasa á sus herederos; ahora bien, los que han entrado en posesion provisional son herederos; pueden, pues, ejercitar ese derecho. Tambien es de principio, que el que tiene una accion para obtener unos bienes, està considerado que los tiene; los entrados en posesion tendrán, pues, las acciones de nulidad, de rescision y en resolucion que pertenezcan al ausente. Por ultimo, proseguirán la posesion que habia comenzado el ausente. No cabe duda alguna en estas decisiones, que no son más que la aplicacion de los principios generales de derecho (2).

Lo mismo es respecto de los frutos obtenidos ó percibidos al desaparecer el ausente, y de los que se obtengan ó perciban hasta la sentencia que declare la toma

1 Esta es la opinion general. Véase á Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 120, núm. 8 (t. I, p. 58).

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 357, núm. 446.

de posesion provisional. Los primeros pertenecian incontestablemente al ausente. No se puede decir que los demás le pertenecen, porque se ignora si vivia aún en el instante de su vencimiento ó de su percepcion. Pero poco importa. Los frutos son un accesorio de los bienes; deben, en consecuencia, ser entregados con éstos á los que obtienen la posesion provisional. La ley lo dice expresamente respecto de los presuntos herederos. «Se emplearan los frutos obtenidos,» dice el art. 126; son, pues, entregados á los poseedores, quienes los capitalizan y disfrutan de ellos despues, como de los demás bienes del ausente (art. 127). Lo mismo debe ser respecto de los frutos producidos por los bienes que son entregados provisionalmente á los donatarios, á los legatarios y á todos los que tienen derechos subordinados á la muerte del ausente, porque hay el mismo motivo para decidir: los frutos siguen como accesorio á lo principal. A primera vista podria creerse que deben aumentar el patrimonio del ausente, de donde se podria deducir que son entregados con ese patrimonio en las posesiones provisionales. En realidad no puede ser así; porque siendo percibidos ó obtenidos esos frutos despues de la desaparicion del ausente, no le pertenecen en esta época; así, pues, no están comprendidos como tales en la posesion provisional. Si son entregados á los presuntos herederos, es en calidad de accesorios; ahora bien, los demás interesados obtienen tambien la posesion provisional, y por lo mismo deben con igual título aprovecharse de los frutos (1).

1. Esta es la opinion general. Véase á Demolombe. *Curso del código de Napoleón*, t. II, pá. 90 y siguientes, núms. 86 y 87.

§ 3º Efectos de la posesion provisional.

NUM. 1. OBLIGACIONES DE LOS POSEEDORES.

168. Segun el art. 125, «la posesion provisional no es más que un *depósito*.» Todos los autores hacen notar que esta expresion no debe tomarse al pie de la letra. El hecho es evidente. ¿Quizás administra un depositario? No, en tanto que el art. 125 agrega que ese depósito da á los que lo obtienen la administracion de los bienes del ausente. ¿Tiene acaso un depositario el goce de lo que está confiado á su cuidado? No, por cierto, mientras que los que están en posesion tienen derecho á una parte de los frutos. ¿Por qué entonces los autores del código emplearon una expresion á la cual ellos mismos le dan un mentis? La expresion de *depósito* tiene su razon de ser, nos revela el pensamiento fundamental de la ley. Lo que caracteriza el depósito es que el depositario solo tiene una obligacion, pero carece de derechos; el contrato está hecho únicamente en interés del depositante. Lo mismo pasa con la posesion provisional; no está establecida en interés de los poseedores, sino en el del ausente. Esto es lo que nos han enseñado los trabajos preparatorios y lo que enseña enérgicamente la palabra *depósito*. Tambien la ley comienza por enumerar las obligaciones que están impuestas á los poseedores; si les concede derechos, es porque les son necesarios para su mision de administradores. Si les da una parte de los frutos, es porque condescienden en encargarse de una administracion de la que son responsables. Conservemos, pues, esta palabra *depósito*; aunque inexacta, hace conocer mejor el espíritu de la ley que las teorías imaginadas por los autores.

169. El legislador sabia muy bien que los poseedores

provisionales no son verdaderos depositarios. El mismo dice en el art. 125 que tienen la administracion de los bienes del ausente. Son, pues, esencialmente administradores, quiere decir, mandatarios. ¿De quién tienen su mandato? Del tribunal que los pone en posesion. Duranton tiene razon entonces al decir que la posesion es un mandato judicial (1). Se debe agregar que no es gratuita la administracion de los poseedores, tienen derecho á cierto tanto en los frutos; llámense ó no salario á este goce, siempre significa que los poseedores no son mandatarios comunes. La observacion tiene importancia para precisar la responsabilidad que les incumbe. El art. 1992 decide la cuestion; dice que el mandatario es responsable no solamente del delo, sino tambien de las faltas que cometa en su administracion. Añade que esta responsabilidad se exigirà con menos rigor cuando el mandato sea gratuito, que cuando se reciba un sueldo. Como los poseedores reciben una remuneracion, debe deducirse que están sometidos rigurosamente á la responsabilidad que pesa sobre todo deudor, en virtud del art. 1137, el cual sienta el principio de que el deudor está en el deber de desempeñar su obligacion *con todos los cuidados de un buen padre de familia*. Sábese que en el lenguaje escolar eso se llama la falta ligera *in abstracto* (2).

Desde el punto de vista de la teoria, esta decision nos parece muy disputable. Los autores comparan á los poseedores provisionales con los herederos beneficiados. Es verdad que existe grande analogia entre ellos. Unos y otros administran juntamente en su interés y en el de los terceros interesados; deberian, pues, estar comprendidos en la misma falta. Ahora bien, el art. 804 dice que el heredero beneficiado no está comprendido más que en las faltas graves

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 393, núm. 487.

2 Id., *ibid.*, núm. 489.

en la administracion de que está encargado. ¿Deberá decirse otro tanto de los poseedores provisionales? El legislador habria debido tener en cuenta su posicion especial para imponerles una responsabilidad menos rigorosa que la del art. 1137; pero como no lo ha hecho, se debe conservar la regla establecida en este articulo, porque es general y debe aplicarse en todos los casos en que la ley no hace excepciones.

170. El art. 120 dice que los presuntos herederos podrán hacerse poner en posesion de los bienes del ausente, con la obligacion de prestar fianza para la seguridad de su administracion. Como sobre todo, en interés del ausente está que se organice la posesion provisional, la ley debia prescribir las garantías que le aseguren la restitucion de sus bienes y los daños y perjuicios á que podrá tener derecho contra los poseedores. Tambien se exige la fianza al heredero beneficiado, si lo piden los acreedores (art. 807), aunque su derecho sea cierto, mientras que el de los poseedores no es más que eventual; basta que el heredero administre en interés de los acreedores para que éstos deban tener una garantía. Igual obligacion se impone á los hijos naturales y al cónyuge supérstite, llamados á heredar cuando no se presentan herederos legítimos (arts. 771 y 773). Tambien el usufructuario debe prestar fianza de hacer las veces de un buen padre de familia (art. 601). Es, pues, un principio general, que los que administran en interés de un tercero están obligados á dar caucion. Estando concebido en términos generales el art. 120, se debe decidir, sin duda alguna, que los mismos hijos del ausente deben prestar fianza cuando obtienen la posesion. Asi se ha juzgado tocante al hijo natural (1). Puesto que es legal la caucion, deben aplicarse los

¹ Sentencia de Agen de 16 de Abril de 1822 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 269).

arts. 2018 y siguientes del código civil. Así, pues, el fiador debe tener capacidad para contratar, poseer bienes bastantes para responder del objeto de la obligación, y su domicilio debe estar en la jurisdicción de la corte de apelación.

471. ¿Qué se hará en el caso de que no encuentren fianza los herederos puestos en posesión de los bienes del ausente? Delvincourt propone aplicar por analogía lo que decide el código en caso de usufructo. Segun el art. 602, los inmuebles son dados en arrendamiento ó puestos en secuestro. Los caudales son impuestos, y los efectos vendidos; el art. 603 agrega que el propietario puede exigir que el usufructuario venda los muebles. La opinión de Delvincourt es observada con bastante generalidad (1); sin embargo, nos parece inadmisible. ¿Cuál es el objeto de la posesión provisional? Que la administración de los bienes del ausente sea confiada á los que tienen mayor interés en manejarlos con cuidado, puesto que manejan en cierto modo su propio patrimonio. Ahora bien, si se aplica el art. 601, la administración es arrebatada á los herederos, lo que está en abierta oposición con el objeto de la ley. A decir verdad, no existe analogía entre el usufructuario y el entrado en posesión. El primero tiene un derecho real sobre la cosa, un derecho al producto. No se puede decir que el poseedor tenga un derecho real; si la ley le da una parte de los frutos es para inducirlo á encargarse de la administración. De ahí resultan diferencias considerables en lo que concierne á la fianza. Gozando el usufructuario en virtud de un derecho real, debía la ley conservarle su goce, aun cuando no encuentre fianza, á no ser que se prescribieran otras garantías en favor del propietario. Los herederos del ausente, por el contrario, no tienen ningún derecho al rendimiento; tienen una obligación, la de administrar, y los

1 Delvincourt, t. I, p. 46, nota 9. Demolombe, t. II, p. 95, número 93, Zachariæ, t. I, p. 298, nota 6.

frutos no les son aplicados sino porque administran. De aquí el que no haya necesidad de preocuparse de su derecho, sino del interés del ausente que exige que la administración corresponda á los herederos, pero con la condición de prestar fianza. Llegamos á esta consecuencia, que no ha lugar á aplicar los arts. 601 y 602 en materia de ausencia. Falta saber lo que debe hacerse. Creemos, con Merlin, que los herederos entrados en posesión, que no encuentren fianza, no podrán obtener la administración; habrá, pues, lugar á conservar las medidas prescritas durante la presunción de ausencia hasta que se presente otro heredero que preste fianza (1). Debe, no obstante, resstringirse á esta decisión. Según el art. 2041, el que no puede encontrar fiador está obligado á dar en su lugar una prenda que dé la seguridad suficiente. El poseedor puede invocar el beneficio de esta disposición. Con más razon se le admitirá una garantía hipotecaria (2).

172. El art. 126 establece tambien una garantía en favor del ausente; dice así: «Los que hayan obtenido la posesión provisional deberán proceder á la faccion de inventarios del mobiliario y de los títulos del ausente, en presencia del procurador imperial ó de un juez de paz requerido por dicho procurador.» El inventario es una medida prescrita por la ley en todos los casos en que los bienes de una persona son manejados por un administrador. Tambien deben formar inventarios los que tienen que dar fianza, el usufructuario, el heredero beneficiado y los sucesores irregulares. La ley impone tambien esta obligación á los que dispensa de la fianza: tales son los tutores (art. 451), los maridos administradores y usufructuarios de los bienes de sus mujeres (arts. 1533, 1562). El entrado en posesión es

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 120, núm. 5 (t. I, p. 57).

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 384, núm. 473.

responsable (art. 125); el inventario es la base de la cuenta que debe rendir. El poseedor debe restituir los bienes; el inventario es una garantía indispensable para la restitución del mobiliario y los títulos, que sería fácil sustraer si no estuviese comprobada su existencia con una acta auténtica.

173. El art. 126 agrega: «Los que hayan obtenido la posesión provisional podrán pedir, *para su seguridad*, que se proceda por un perito nombrado por el tribunal, al reconocimiento de los inmuebles con objeto de hacer constar el estado que guarden. Su informe será autorizado en presencia del procurador imperial.» *Para su seguridad*, dice la ley. ¿Cómo debe entenderse esta disposición? Generalmente se interpreta en el sentido de que, si los entrados en posesión no proceden á este informe pericial, hacen presumir que recibieron en buen estado los inmuebles, y son responsables consiguientemente del deterioro que esos bienes hubieren sufrido, salvo el caso en que prueben que el deterioro no proviene de su culpa. Así lo decide el código en materia de arrendamiento. «Si no se ha hecho constar el estado que guardan las localidades, dice el art. 1731, se *presume* que el inquilino las recibió en buen estado de reparaciones locativas, y así debe devolverlas, salvo prueba en contrario.» Esta disposición se aplica por analogía á la ausencia. M. Demolombe, apartándose completamente de la opinión general, da una razón excelente contra esta opinión: que no hay analogía entre el inquilino y el poseedor provisional (1). ¿En qué está fundada la presunción establecida en el art. 1731? En el art. 1720, que obliga al arrendador á entregar la cosa en buen estado de reparaciones de todas clases. ¿Por ventura tiene también acción el poseedor para que le sean entregados los bienes

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 99, núm. 98.

en buen estado de reparaciones? No sólo no tiene ninguna accion, sino que de hecho recibirá casi siempre los inmuebles en mal estado. Efectivamente, ¿cuándo se ha declarado la posesion? Despues de cinco ó once años de ausencia, lo que casi equivale á tantos otros años de abandono. Sin duda que el tribunal prescribirá las medidas necesarias para la conservacion de los bienes; pero el mismo legislador no tiene confianza en esta administracion, desconfiando principalmente de los curadores; hé aquí por qué los sustituye con los presuntos herederos. Es, pues, más que probable que los bienes estén en mal estado el dia de la posesion provisional. ¿Y se quiere que el legislador presuma que los poseedores los hayan recibido en buen estado?

Vamos más lejos; en concepto nuestro, la opinion seguida generalmente, descansa en un error de derecho. El art. 1731 establece una presuncion; por consiguiente, una presuncion legal. ¿Se pueden comprender las presunciones legales? No, haya ó no analogia, es de principio que las presunciones legales son de estricta interpretacion; y la razon es muy obvia: al legislador corresponde ver si conviene establecer una presuncion; á él toca examinar las probabilidades en que deben descansar las presunciones. En consecuencia, no hay presuncion sin texto. Eso está fundado tambien en razon. Las presunciones derogan los principios generales sobre las pruebas; dispensan de toda prueba á aquel en cuyo beneficio existen (art. 1352). ¿Qué haria, segun eso, el intérprete, extendiendo las presunciones por vía de analogia? Dispensaria de la prueba al que debia rendirla y la volveria sobre la parte contraria. Sólo el legislador puede establecer esas excepciones en el derecho comun; cuando lo hace el intérprete se sale de los límites

de su mision, redacta la ley. Si insistimos tanto sobre este punto, es porque á cada instante los autores establecen presunciones extendiéndolas por vía de analogía. Nuestra conclusion es, que no se puede aplicar á los poseedores la presuncion que establece la ley contra el inquilino.

Se nos preguntará cuál es entonces el objeto del art. 126, al permitir á los poseedores hacer un informe pericial para su seguridad. Bigot-Préameneu contesta á la pregunta. «Los herederos, dice, deberán, si quieren evitar en lo venidero, procesos sobre el estado en que recibieron los bienes, hacerlo constar ast (1).» El objeto es, en consecuencia, prevenir los procesos. Si se levanta un proceso, se tendrá la prueba, no por vía de presuncion, puesto que no la hay, sino conforme á los principios generales.

174. ¿Quién reporta los gastos que erogan los presuntos herederos desde la declaracion de ausencia hasta la toma de posesion? Los pareceres están muy divididos acerca de este punto. Una sentencia de la corte de Colmar, ha puesto los gastos á cargo de los poseedores; primero, porque son los que se aprovechan de los bienes, y despues, porque reciben, á titulo de indemnizacion, una parte considerable de los frutos. Esta opinion no ha encontrado eco: se opone á todos los principios. No es exacto decir que la posesion se da en interés de los poseedores; por el contrario, se ha dicho y repetido en las discusiones, en los informes y en los discursos, que la posesion se ha establecido en interes del ausente. En cuanto á los frutos, son concedidos á los herederos, no para indemnizarlos de los gastos que hagan, sino para inducirlos á encargarse de una administracion que ninguno acceptaria si la ley no le hubiese señalado una ventaja. Hay autores que dividen los gastos, pero

1 Exposicion de los motivos en Loqué, t. II, p. 256, núm. 21.

eso es completamente arbitrario. M. Demolombe tiene razon en decir que la cuestion está resuelta en el texto y en los principios (1.). ¿Qué son los poseedores? Mandatarios; pues bien, segun el art. 1999, el mandante debe reintegrar al mandatario los adelantos y *gastos* que éste hubiere hecho para la ejecucion del mandato. En vano se objetaria que los poseedores gozan de los frutos; ya hemos contestado anticipadamente y el mismo art. 1999 nos suministra una nueva respuesta: agrega que el mandatario tiene derecho á los gastos, aun cuando esté asalariado. Nada más justo. Los poseedores reciben una especie de salario ó recompensa; si debieran pagar los gastos, se les quitaría una parte de los frutos que la ley les da. Hay un texto que quita toda duda. El art. 126 dice que los gastos del informe pericial de los inmuebles serán cubiertos de los bienes del ausente; y la ley acaba de decir que esta pesquisa se practica para la *seguridad* de los poseedores. Si la ley pone á cargo del ausente los gastos que se hacen en Interés de los poseedores, con mayor razon debe el ausente sufragar los que se hacen en interés suyo. En definitiva, la ley aplica el principio del mandato; decide, pues, la cuestion, y ha lugar á sorprenderse de que sea disputada.

NUM. 2. PODER DE ADMINISTRACION.

175. El art. 125 establece el principio de que la posecion provisional da á los que la obtienen, la administracion de los bienes del ausente. Tienen por lo mismo el derecho de ejecutar los actos que pueden llevar á cabo los administradores, segun los principios generales de derecho. ¿Cuáles son esos actos? La cuestion no carece de dificultades

1 Demolombe, t. II, p. 100, núm. 99. Duranton, t. 19, p. 386, número 476.

aun en lo concerniente á los principios generales; se complica más cuando se aplican los principios á las posesiones provisionales. Esta es la razon de que nos detengamos en esta materia: es fundamental.

Hay actos que todo administrador puede y debe ejecutar; esos actos son los conservativos. Esto más que un derecho es una obligacion. En consecuencia, los poseedores deben hacer todas las reparaciones: más adelante expondremos cuáles son los que deben pagar, y cuáles los que pueden cargar en cuenta al ausente. Recibir los capitales, los reembolsos de rentas, dar con descuento, es tambien un acto que los administradores, en general, pueden ejecutar, salvo las precauciones que la ley toma cuando se trata de incapaces (1). En el título de la Ausencia, el código no limita en este punto los poderes de los poseedores; la fianza sirve de garantia al ausente.

176. Prolongar los arrendamientos es tambien un acto de administracion. Pero esto presenta ya dificultades. En la teoria general del código los arrendamientos no están considerados como actos de administracion sino cuando tienen la duracion ordinaria de nueve años; cuando pasan de este termino, son asimilados á los actos de disposicion, y por ende, los administradores no tienen el derecho de ejecutarlos. El código aplica este principio al usufructuario (art. 595), al tutor (art. 1718), al menor emancipado (art. 481) y al marido administrador de los bienes de su mujer (arts. 1429 y siguientes). ¿Debe aplicarse tambien á los poseedores? Ese es el parecer de Duranton; muestra que el arrendamiento consentido por más de nueve años no seria obligatorio para el ausente si llegase á reaparecer (2). Nosotros nos apartamos de esta opinion.

1 Código de Napoleon, art. 482. Ley hipotecaria belga, de 16 de Diciembre de 1851, art. 55-57.

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 394, núm. 490.

De las disposiciones que acabamos de citar resulta que los autores del código de Napoleon han seguido un principio general en lo concerniente á la duracion de los arrendamientos; no hay un solo caso en que los administradores tengan el poder de efectuar arrendamientos que excedan de nueve años. Puesto que el principio es general debe aplicarse á todos los administradores, de consiguiente tambien á los poseedores. Zacharie dice que los poseedores pueden prolongar los arrendamientos por una duracion excelente de nueve años (1); pero no da razon alguna de esta excepcion que lleva á un principio general. Hablando con más claridad, se necesitaria un texto para que el intérprete pudiese admitir una excepcion. M. Demolombe comienza por establecer el verdadero principio, luego, segun su costumbre, retrocede ante las consecuencias y acaba por subordinar el derecho al hecho. Si el arrendamiento, dice este autor, se habia efectuado de buena fé, si causas legitimas explicaban su duracion, podrian los tribunales encontrar en esas circunstancias motivos para conservarlo (2). ¡Bien! ¿qué importa que el arrendamiento sea hecho de buena fé, si el que lo ha prolongado carecia de derecho para autorizarlo? ¿Qué importa que las circunstancias legitimen la larga duracion de un arrendamiento, si la ley no lo autoriza? ¿Son los hechos los que rigen al derecho, ó el derecho el que rige á los hechos? La perdida de la ciencia es hacer ceder el derecho ante los hechos, cuando el deber del intérprete es aplicar á los hechos el derecho, tal como lo formula el legislador. No cabe duda en que los tribunales sufren la influencia de los hechos; para convencerse de esta verdad basta recorrer una colección de sentencias. El juez está mal inclinado á violentar el derecho para acomodarlo á la causa; es necesario que la ciencia no les dé alien-

1 Zacharie, *Curso de derecho civil francés*, t. I, § 55, p. 304.

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 104, núm. 150.

to para obrar así; la ciencia debe conservar los principios, de lo contrario abandona su dignidad.

177. El art. 126 dice que el tribunal ordenará, *si procede*, vender todo ó parte del mobiliario. ¿Por qué dice la ley *si procede*? El espíritu de la ley es que el tribunal tome en consideración el interés del ausente. Está, en general, interesado en que su mobiliario sea vendido, porque si se sirven de él los poseedores, el ausente, a su vuelta, encontrará un mobiliario usado y depreciado, mientras que si son vendidos los muebles, será impuesto el producto, y el ausente recobrará todo el valor. No sucede lo mismo, sin embargo, respecto de las colecciones de ciencias ó de arte. En esto el interés de los poseedores está en oposición con el del ausente. Los poseedores querían vender para aprovechar el capital, con frecuencia considerable, que representan las bibliotecas, los cuadros y las estatuas; mientras que el ausente se afigaría si no encontrase ya las colecciones tan queridas para él. Hé ahí la razón de que intervenga el tribunal.

¿Qué debe resolverse de los muebles de que el tribunal no haya ordenado la venta? ¿Pueden venderlos los poseedores provisionales? La cuestión está debatida; es difícil e importante, porque atañe a todas las partes del derecho civil. Ni siquiera se comprende el interés de la cuestión. Si los poseedores enajenan objetos del mobiliario, cuál será el efecto de la venta, suponiendo que no tengan el derecho de vender? Se contesta de ordinario que el ausente no podrá reclamar, porque tratándose de muebles, la posesión significa título (art. 2279). Es verdad que el ausente no puede proceder por vía de reclamación, toda vez que el art. 2279 no permite reclamar objetos muebles; pero puede hacerlo, al menos, si los poseedores son de mala fe: también puede hacerlo si se trata de muebles incorpóreos, puesto que el art. 2279 no se aplica más que a

los muebles corpóreos. No está ahí la dificultad. Se trata de saber si el ausente puede pedir la nulidad de la venta. Es parte en el contrato, puesto que son sus mandatarios los que venden. ¿Suponiendo que no tienen el derecho de vender, podría el ausente proceder de nulidad? No está obligado, según expresa el art. 1998, a aceptar lo que haga el mandatario fuera del límite de sus poderes. Eso significa que no hay necesidad de pedir la nulidad; podría de consiguiente proceder como propietario, es decir, reclamar; pues bien, no puede hacerlo.

Se pregunta si el comprador tiene el derecho de pedir la nulidad de la venta. Debo reconocérsele este derecho en virtud del art. 1599, que declara nula la venta de la cosa ajena. En vano se dice que este artículo no es aplicable en materia de ausencia, puesto que es posible que el heredero que vende sea propietario. Nuestra respuesta está en la ley: los herederos no son más que administradores; de consiguiente, no son propietarios; venden, pues, lo que no les pertenece, es decir, la cosa ajena. Finalmente, se pregunta si el vendedor tiene el derecho de pedir la nulidad en virtud del art. 1599. Se le opone el adagio de que el que da la garantía no puede quitarla. ¿Pero es aplicable este adagio cuando la acción de nulidad está fundada en una falta de calidad de vendedor? Hay un texto que prueba lo contrario. El marido, bajo el régimen dotal, es administrador de los bienes dotales de la mujer; estos bienes son inalienables. Si el marido enajena un inmueble dotal, puede, a pesar de eso, pedir la nulidad, según lo expresa el art. 1560, aunque queda obligado a la garantía. Es idéntica la posición de los poseedores provisionales; también son administradores de los bienes del ausente, y estos bienes no pueden ser enajenados. Si los enajenan, deben tener el derecho, en interés del ausente, de pedir la nulidad. Ellos mismos están interesados para proceder así, porque

si regresa el ausente, estarán obligados á la indemnización de daños y perjuicios, como si hubiesen hecho una enajenación que no tenían el derecho de hacer.

Es cierto que la posición de los poseedores difiere de la de los demás administradores; administran un patrimonio, que probablemente llegará á ser suyo, que quizá lo es ya. Fundándose en esta probabilidad, un autor francés establece como principio, que los poseedores provisionales son propietarios, bajo la condición suspensiva de que la vida del ausente permanecerá incierta, al menos hasta la posesión definitiva; de donde deduce que los actos que llevan á cabo en calidad de administradores, son, *á los ojos de la ley*, cuando esta condición se realice, reputados como hechos por propietarios propiamente dichos; lo que implica que las partes no puedan pedir la nulidad de ellos (1). *¿A los ojos de la ley*, los poseedores serían propietarios bajo condición suspensiva? Y la ley los califica de *depositarios*? Desconfiemos de las condiciones suspensivas imaginadas por la doctrina para la necesidad de una causa. Es indudable que si la posesión provisional es seguida de la definitiva, los poseedores serán considerados como propietarios, pero solamente á partir de la posesión. Despues de ésta, ya no podrán pedir la nulidad de los actos que hayan efectuado durante el segundo periodo de la ausencia, puesto que en lo sucesivo están sin interés; pero inferir de ahí que pueden hacerlo durante la posesión provisional, es ir contra la disposición expresa de la ley.

178. Tal es el interés de la cuestión, de saber si los poseedores provisionales pueden enajenar los muebles del ausente. Merlin sostiene que tienen ese derecho. Contesta que el art. 126 parece decir lo contrario, puesto que el tribunal es el que ordena, *si procede*, vender todo ó

1 *Mourlon, Repeticiones*, t. I, p. 225.

parte del mobiliario. Si el tribunal es el que decide si procede la venta, ¿cómo tendrían ese derecho los poseedores? ¿Cómo lo tendrían cuando la ley los califica de depositarios? Merlin opone el art. 128 á los arts. 126 y 125; dice que los que no disfrutaron sino en virtud de la posesion provisional, no podrán enajenar ni hipotecar los inmuebles del ausente. La ley no les prohíbe más que enajenar los *inmuebles* del ausente; ¿les es permitido acaso enajenar los muebles? El mismo Merlin no está satisfecho de este argumento. Si el art. 128 fuera el solo texto que tuviera que considerarse, dice Merlin, debería inferirse de él que los inmuebles del ausente son los únicos bienes cuya enajenación está prohibida al poseedor provisional; pero debe estar combinado con los arts. 125 y 126: ¿y no resulta de su combinación, que si el art. 128 no habla más que de los inmuebles, es porque el art. 126 ya determinó acerca de los muebles, y que el art. 125 prohíbe en principio á los poseedores ejecutar actos de propietario, toda vez que no son más que depositarios? Merlin se impugna, de consiguiente, con los arts. 125 y 126. Se separa del art. 125, segun el cual la posesion provisional no sería más que un *depósito*, porque la ley dice que los poseedores son más que depositarios, son administradores. Es preciso, en consecuencia, ver si como administradores pueden enajenar los muebles. Merlin invoca el derecho romano que permitía al tutor vender todos los muebles del menor que no estuvieran considerados en la clase de los efectos preciosos. Si así es, el art. 126 no impide vender á los poseedores; éstos pueden invocar el art. 128 que únicamente les prohíbe enajenar los inmuebles del ausente (1).

La jurisprudencia francesa se ha declarado en ese senti-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, arts. 125 y 126 (t. I, p. 66).

do (1), así como la mayor parte de los autores. Se reconoce tambien á los poseedores el derecho de enajenar los muebles incorpóreos, por la singular razon de que están encargados por el inventario del importe de todas las deudas (2). ¡De esa manera se vuelve en contra del ausente una garantía que la ley establece en su favor! Creenos con Duranton y M. Demolombe que los textos y los principios deciden la cuestión contra los poseedores provisionales (3). La corte de Lieja ha aceptado esta doctrina (4). Ha decidido que en principio los poseedores no pueden enajenar los muebles del ausente. El art. 126, á pesar de lo que dice Merlin, implica que los poseedores están obligados á conservar los muebles cuya venta no ordena el tribunal. Así resulta hasta la evidencia del espíritu de la ley. Si la ley hace intervenir al tribunal es precisamente para impedir á los poseedores enajenar muebles que el interés del ausente exige conservar. Ahora bien, desde que los poseedores tienen la obligación de conservar los muebles, ya no puede invocarse el art. 128; este artículo solo habla de los inmuebles, por la excelente razon de que el art. 126 había reglamentado todo lo que concierne á los muebles. Despues de todo, el art. 128, sobre el que tanto insiste Merlin, no le suministró más que un argumento *en contrario*, el más malo de los argumentos cuando está en oposición con los principios. El debate debia, por lo mismo, concentrarse á este punto indicado, pero no resuelto por Merlin: ¿pueden en principio los administradores enajenar los muebles?

1 Sentencia de la corte de París de 27 de Abril de 1814 (Daloz, *RePERTORIO*, en la palabra *Ausentes*, núm. 297).

2 De Moly, *Tratado de los ausentes*, núms. 468 y 472.

3 Duranton, t. I, p. 391, núm. 485. Demolombe, t. II, ps. 110 y siguientes, núm. 112.

4 Sentencia de 8 de Enero de 1848, *Pasicrisie*, 1848, 2, 111 (Daloz, *Recopilacion periódica*, 1848, 2, 99).

179. Comenzamos por alejar del debate el derecho romano. No pueden invocarse las disposiciones de las leyes romanas sobre el poder del tutor porque la tutela romana descansaba en otros principios distintos de la nuestra. En el derecho antiguo el tutor estaba de cierta manera considerado como propietario del patrimonio del impúber, podía enajenar libremente á título oneroso; podía tambien hacer las reglas de costumbre; solamente le estaba prohibido hacer donaciones. Esta facultad de enajenar fué sucesivamente restringida, pero el derecho moderno permaneció penetrado del espíritu del antiguo; los jurisconsultos establecen siempre en principio que el tutor, en tanto que se trata de proveer á los intereses del impúber, debe ser considerado como propietario (1). El código civil ignora este principio; mejor dicho, establece el principio contrario, no dando al tutor más que un poder de administracion, y sometiéndolo para los demás actos á la autoridad del consejo de familia y del tribunal. Se debe, en consecuencia, considerar al derecho romano ajeno al asunto y decidir la cuestión conforme á los principios del derecho moderno.

¿Quién tiene el derecho de enajenar? El art. 544 del código de Napoleon contesta: El propietario. Efectivamente, ese artículo define la propiedad, el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta. El derecho de disponer ó enajenar es, pues, uno de los atributos de la propiedad. ¿No equivale esto á decir que solo el propietario tiene el poder de enajenar lo suyo? Entonces el administrador no puede tener ese derecho. ¿Cuál sería su título para disponer de la cosa que administra? Debe restituirla á aquel cuyos bienes maneja; ¿cómo podría enaje-

1 L. 27, D., XXIV, 7: «Tutor qui tutelam gerit, quantum ad prouidentiam pupillarem, domini loco haberi debet.» Consultese á Namur, *Curso de Institutos*, t. I, p. 123.

nar estando obligado á restituir? Todos convienen en que así sucede tratándose de los inmuebles; el administrador, como tal, nunca puede enajenarlos. ¿Por qué no puede? Porque necesita ser propietario para enajenar. Si el administrador no puede enajenar los inmuebles, porque no es propietario, por identidad de razon no puede enajenar los muebles. ¿Cuál seria la razon de la diferencia? Se buscaria en vano la razon jurídica. No hay más que una razon, mejor dicho, un error de hecho. En el derecho antiguo se decia: *vilis mobilium possessio*. ¿Se dice hoy todavía que los bienes muebles son cosa vil, dado el caso de que la riqueza mueble es ilimitada, mientras la riqueza inmueble no es susceptible de ese aumento infinito?

Falta saber si el legislador moderno ha aceptado los errores del derecho antiguo. La cuestion se convierte en cuestion de textos. Es bastante cierto que la doctrina tradicional ha dejado huellas en nuestro código. Permite al tutor intentar las acciones mobiliarias del menor, y no le permite intentar las inmobiliarias (art. 464). Igualmente, el marido administrador de los bienes de su mujer, sólo puede ejercitar todas las acciones mobiliarias (art. 1428); la ley no le da el derecho de intentar las acciones inmobiliarias. ¿Debe deducirse de esto que el administrador tiene el derecho de enajenar los objetos muebles? Una disposicion tradicional no es un principio; esta disposicion no tiene ya razon de ser en nuestra sociedad industrial y comerciante. Esto supuesto, debe encerrarse dentro de los límites precisos que le inarean los textos. Por excepcion á los principios verdaderos, tienen los administradores las acciones mobiliarias; ahora bien, toda excepcion es de estricta interpretacion. Ciertamente si no existiera texto, no se les reconoceria el derecho de ejercitar las acciones mobiliarias. Es preciso, de consiguiente, tambien un texto para darles el derecho de enajenar los muebles. Ese texto lo

buscamos en vano. Examinemos los diferentes casos previstos por el código civil.

Acabamos de discutir los artículos del código sobre la ausencia. Desele la interpretacion que se quiera, nunca dice la ley que los poseedores provisionales pueden enajenar los muebles, en su calidad de administradores. El tribunal es el que está llamado á resolver *si ha lugar* á la venta. Hé ahí un primer texto que declara contra los administradores más bien que en su favor. En el título de la Tutela hay una disposicion análoga. El art. 452 dice que el tutor *hará* vender todos los muebles, excepto aquellos que conservare en especie por autorizacion del consejo de familia. No se dirá que este artículo da al tutor el derecho de vender los muebles del menor; le impone una obligacion, y una obligacion no es un derecho. Es cierto que los autores doctrinan que el tutor tiene el derecho de vender los efectos muebles: ya examinaremos esta doctrina en el título de la Tutela. Por ahora no se trata más que de los textos; el menor emancipado es tambien administrador; ¿puede enajenar sus muebles? La ley nada dice; ¿implica un derecho su silencio? En su lugar trataremos la cuestión. Como no hay texto, pasemos adelante. El heredero beneficiado está encargado de administrar los bienes de la sucesion, dice el art. 803; ¿tiene como tal, el derecho de vender el mobiliario de la herencia? Segun el art. 805 no puede vender los muebles sino en la forma determinada por la ley: tambien esta es una obligacion y no un derecho. El marido administrador de los bienes de la mujer no puede enajenar sus inmuebles, dice el art. 1428; la ley nada dice de los muebles, por la excelente razon de que la mujer bajo el régimen de la comunidad legal, no tiene, salvo raras excepciones, muebles propios; de consiguiente, la ley guarda silencio. El art. 1449 expresa que la mujer separada de bienes puede disponer de su mobiliario y enajenarlo. Este

texto, que á primera vista parece decidir nuestra cuestión, al menos en un caso, es en realidad extraño á ella. Efectivamente, la mujer es más que administradora, es propietaria; como propietaria puede enajenar no sólo sus muebles sino tambien sus inmuebles; la única dificultad está en saber si necesita la autorización de su marido para enajenar; el código decide la cuestión por una distinción: exige la autorización para los inmuebles, no la exige para los muebles. ¿Por qué puede disponer la mujer de su mobiliario? ¿será acaso porque vender los muebles es un acto de administración? El texto no lo dice, permite á la mujer enajenar de una manera absoluta. Por lo mismo el texto es extraño á nuestra cuestión. Hay además un texto en el título de la Sociedad. El art. 1860 dice que el socio que no sea administrador no puede enajenar las cosas, aunque sean muebles, que pertenezcan á la sociedad. Esta disposición se relaciona con la del artículo precedente. La ley supone que el contrato no contiene ninguna estipulación sobre la manera de administrar. En ese caso, dice el art. 1859, los socios están considerados como si reciprocamente se hubiesen dado *poder para administrar* uno por otro. ¿Da ese *poder para administrar* el derecho de enajenar cuando menos las cosas muebles? No, contesta el art. 1860. Hé ahí un texto expreso que niega el derecho de enajenar á los que no tienen más que un simple poder de administración.

Ha terminado nuestra investigación. No existe texto que dé expresamente á un administrador, en esta calidad, el derecho de enajenar; hay un texto, el art. 1860, que le niega ese poder; hay otros que implican que el administrador carece de ese derecho. Podemos, pues, establecer en principio que la venta de efectos muebles no es un acto de administración. ¿Debe admitirse una excepción cuando el acto de enajenar es necesario y de conservación? La senten-

cia de la corte de Lieja, que ya hemos citado, admite esta excepcion (1). A la verdad, está juiciosamente fundada. La ley deberia dar este derecho al administrador. ¿Pero se lo da? Ahí está toda la cuestion. No; ¿y puede el intérprete, en el silencio de la ley, conceder al administrador el poder de enajenar lo que no le pertenece? Creemos que no. Esto seria hacer la ley.

180. Volvamos á la posesion provisional. Despues de haber dicho que el tribunal ordenará, si procede, la venta de todo ó parte del mobiliario, el art. 126 agrega: «En caso de venta, se empleará su precio y el de los fructos obtenidos.» Nada dice el código respecto del plazo dentro del cual deba hacerse el empleo; así como tampoco de la manera como deba emplearse. ¿Deben aplicarse, por analogía, las disposiciones de los arts. 1065-1067 (2)? A titulo de consejo, sí; pero no, en verdad, á título de obligacion. Es inútil, por demás, detenerse en este punto. Nuestra ciencia se ocupa de derechos y obligaciones, y no de consejos.

¿Deben los poseedores los intereses, si no hacen empleo del valor provenido de la venta, ni de los frutos obtenidos? Toullier contesta «que deben los intereses, de pleno derecho, desde el dia en que pudo hacerse el empleo; han cometido falta, dice, si dejaron ociosos los capitales del ausente; se *considera* que los emplearon en beneficio propio (3).» El legislador podria decidirlo así, y habria debido hacerlo; ¿pero le es dado al intérprete? ¿Cómo correrian de pleno derecho, sin texto, los intereses? ¿Cómo se *reputaria* que los poseedores habian empleado en su provecho las cantidades, tambien sin texto? ¿Hay presuncion legal

1 *Pasicrisie*, 1848, 2, 116.

2 *Curso del Código de Napoleón*, por Demolombe, t. II, p. 98, número 97.

3 Toullier, *El derecho civil francés*, t. I, p. 367, núm. 428.

sin ley? En el silencio de la ley, es preciso atenerse á los principios generales. No hay ley que obligue á los poseedores á hacer el empleo en determinado plazo; si no han empleado los fondos, si los han manejado mal, podrán ser sentenciados á indemnización de daños y perjuicios. Si emplearon los fondos en beneficio propio deberán el interés desde el dia de ese empleo; así lo dice el art. 1996 hablando de cualquier mandatario, y los poseedores son mandatarios; pero toca al demandante rendir la prueba del hecho, porque la ley no establece ninguna presunción.

181. El art. 128 dice que los poseedores provisionales no pueden enajenar ni hipotecar los inmuebles del ausente. Esta es una consecuencia evidente del principio de que la posesión provisional no es más que un depósito y que los poseedores no tienen más que un poder de administración (art. 125). El principio se aplica á todo acto de disposición. En consecuencia, los poseedores no pueden transigir. ¿Qué debe resolverse si hay necesidad ó ventaja notoria para el ausente, en que sea consentida una hipoteca sobre sus bienes, en que sea enajenado uno de sus inmuebles, ó en que se transija en un litigio en que esté envuelto? El código no contesta á estas preguntas. En lo concerniente á la hipoteca ha sido llenado el vacío con la ley hipotecaria belga de 26 de Diciembre de 1851, que, en su art. 75, dice: «La hipoteca de los bienes de los ausentes, mientras esté conferida provisionalmente la posesión, está sometida á las formalidades prescritas para los menores.» No existe disposición análoga para la venta de los inmuebles, ni para las transacciones. ¿Pueden los tribunales, en el silencio de la ley, autorizar á los poseedores á enajenar ó transigir? Todos los autores doctrinan la afirmativa. Existe, empero, un motivo de duda. Se concibe que el juez autorice á un propietario, que sea incapaz, á enajenar: tales son los menores y los incapacitados. ¿Pero puede el

juez autorizar á un administrador para que enajene lo que no le pertenece? En principio no tiene, por cierto, este poder: de consiguiente no podria autorizar al marido á vender los inmuebles de su mujer. ¿No debe decirse otro tanto de los poseedores? Hay una razon de diferencia que justifica la opinion seguida generalmente. Cuando el propietario está presente, él es el único á quien corresponde enajenar. Pero cuando está ausente, cuando hay incertidumbre sobre su vida, es imposible que intervenga. ¿No es esta una incapacidad que lo asimila á los menores? Nuestra ley hipotecaria hace esta asimilacion para la hipoteca. Hay identidad de razon para la venta. Lo que confirma esta decision es que durante el primer periodo de la ausencia el tribunal tendria incontestablemente el derecho de autorizar la enajenacion si habia necesidad de ello (art. 112). ¿Por qué no habria el mismo derecho cuando esté declarada la ausencia? ¿Será porque hay herederos entrados en posesion? Pero los poseedores tienen sólo un poder de administracion, poder que no les permite enajenar, aun cuando lo exigiera el interés del ausente. Por lo mismo, es preciso que el tribunal pueda autorizarlos para vender, como puede autorizarlos para hipotecar (1). Lo que decimos de la venta, se aplica naturalmente á la transaccion.

182. ¿Seria nula la venta, si los poseedores enajenaran un inmueble del ausente sin autorizacion legal? Hacen lo que no tienen el derecho de hacer; de consiguiente es nulo lo que hacen. Es verdad que lo mismo seria respecto de un administrador en general: la venta hecha por el tutor ó por el marido seria nula. ¿Por qué no seria igual respecto de la enajenacion consentida por los poseedores? Lo que hemos dicho tocante á la venta de los objetos muebles, se aplica, con más razon, á la venta de los inmuebles, pues-

1 Esta es la opinion general. Véase á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 285-286. Domolombe, t. II, p. 113, núm. 115.

to que la ley la prohíbe expresamente á los poseedores. ¿Si hay nulidad, quién puede pedirla? Esta es la verdadera dificultad. El ausente, si regresa, no necesita pedir la nulidad, puede reclamar; no lo liga la venta hecha sin derecho por los poseedores. ¿Pueden las partes contratantes pedir la nulidad de la venta? Generalmente se concede este derecho al comprador, pero se le niega al vendedor, porque estando obligado á garantizar, no puede quitar. Ya hemos contestado anticipadamente á la objecion. Los poseedores pueden y hasta deben pedir la nulidad para conservar los derechos del ausente, a no ser que respondan de su hecho como garantes. En apoyo de nuestra opinion, citaremos una sentencia de la corte de Bruselas que ha decidido que los poseedores no pueden transigir, y que si lo hacen, pueden pedir la nulidad de la transaccion (1).

183. Los autores van más lejos. Enseñan que los poseedores pueden válidamente enajenar los inmuebles del ausente, si se limitan á vender los derechos que tienen sobre esos inmuebles ó si venden con estipulacion de resolucion del contrato, para el caso en que el ausente viva aún (2). Nos es imposible admitir esta opinion. Dice que nada impide á los poseedores vender sus derechos. Eso supone que los tienen. Pero si consultamos el código, leemos en él que la posesion provisional no es más que *un depósito* que da á los que lo obtienen la administracion de los bienes del ausente. ¿Acaso tiene derechos un depositario, y podria enajenar esos pretendidos derechos? ¿Por ventura un administrador tiene derechos que pudiera ceder? Tiene un cargo, está obligado á administrar. ¿Se enajena un cargo, una obligacion? Si preguntáramos á los autores del código civil por qué han concedido la posesion provisional á los

1 Sentencia de 27 de Julio de 1831 (*Passerisie*, 1831, p. 226). Véase, en sentido contrario, á Demolombe, t. II, p. 145, núm. 137.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 317, núm. 2.

presuntos herederos, nos contestarian que lo han hecho en interés del ausente, á fin de que su patrimonio esté bien administrado. Y hé ahí que los administradores en vez de administrar enajenan; de lo que resulta que los compradores, los terceros, los primeros que se presentan serán los que manejen los intereses del ausente. ¡Los intereses del ausente! ¿Pensarán en eso? ¿Quizás en interés del ausente han comprado sus inmuebles? Pudiendo ser despojados de un dia á otro, administraron, como en alguna parte dice Merlin, á la manera de los conquistadores. ¿Es esta la garantia de una buena administracion que la ley ha tratado de conceder al ausente?

184. Bajo otra faz se presenta la misma cuestion. Se pregunta si los presuntos herederos del ausente pueden ceder los derechos que les da la posicion provisional. Los autores les reconocen esta facultad. Se fundan en el derecho de trasmision que la ley les concede cuando fallecen ántes de la posesion provisional. Hemos contestado á este pretendido derecho de trasmision; en concepto nuestro, la ley es la que convoca á los sucesores de los presuntos herederos; éstos no pueden trasmisir derechos, puesto que no tienen ninguno. No pueden, por lo demás, ceder un derecho que no tienen. Eso nos parece evidente si se hace la cesion ántes de que entren en posesion de los bienes. ¿Qué sucederia con la cesion si el esposo presente optara por la continuacion de la comunidad? La cesion se habria basado sobre un derecho que no existe, no tendria objeto; en consecuencia seria radicalmente nula. Pero supongamos que los herederos ceden sus derechos despues de haber obtenido la posesion provisional. Tambien careceria de objeto la cesion; ¿por qué cedieron? ¿en calidad de deposito? ¿de administracion? Cedieron su derecho á los frutos, se dirá. ¿Pero con qué condicion tienen derecho á los frutos? A cargo de administrar. Si no administran, no disfrutan. Eso

decide la cuestion; inútil es repetir lo que acabamos de decir, que la ley ha concedido la posesion provisional a los herederos por motivos que les son del todo personales; de aquí que no se conciba que se descarguen de una administracion que les ha sido confiada en razon del interés que tienen de manejarla bien (1).

185. ¿Se aplica tambien á las disposiciones testamentarias lo que decimos de la cesion intervivos? Es preciso distinguir de antemano si han muerto los presuntos herederos, dejando un legatario universal, antes de la posesion provisional, ó despues de que han obtenido la posesion de los bienes del ausente. ¿Si fué antes de la declaracion de ausencia, no se puede decir que los legatarios ejercen sus derechos bajo el mismo título que los sucesores *ab intestat*? La ley es la que los convoca más bien que la voluntad del testador. No obstante esto, hay un motivo de duda. A los parientes legítimos y no á los extraños, es á los que pretende el legislador encargar de la administracion de los bienes. De consiguiente se deberia, en rigor, separar á los legatarios. ¿Pero no seria alejarse del texto de la ley á fuerza de pegarse á su espíritu? La ley convoca á los presuntos herederos el dia de la desaparicion, y por tanto sus sucesores universales, herederos testamentarios, lo mismo que herederos *ab intestat* (2). Por la misma razon debe admitirse que si muere un poseedor provisional, sus sucesores testamentarios ó *ab intestat* continúen la administracion (3).

186. ¿Pueden los poseedores provisionales efectuar convenios sobre la sucesion del ausente? Es esta una cuestion

1 Consultese á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 472.

2 Los autores admiten á los legatarios en virtud del derecho de trasmision (Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 283). La jurisprudencia está conforme (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 237).

3 La jurisprudencia está en este sentido (Dalloz, en la palabra *Ausentes*, núms. 234, 236).

muy debatida. Si son verdaderos los principios que hemos establecido, debe contestarse sin vacilar que no tienen ese derecho los poseedores. ¿Cómo podrian efectuar convenios sobre la sucesion del ausente, si no son más que simples administradores que sólo tienen el depósito de sus bienes? Los que tienen el cargo de administrador, deben limitarse á administrar. Aparte de eso, no tienen ningun derecho. No es esa la opinion generalmente seguida. Los autores y las cortes disputan sobre la cuestion de saber si los convenios hechos por los poseedores, son pactos sucesorios, y como tales, nulos. La corte de casacion ha fallado el pro y el contra; la doctrina está dividida; lo mismo que la jurisprudencia (1). Verdad es que hay diferencia entre los convenios que los poseedores provisionales celebrarian sobre la sucesion del ausente, y los que celebran los presuntos herederos sobre la herencia de una persona viva. Estos últimos están proscritos porque envuelven el deseo de la muerte y podrían inspirar proyectos criminales. No se pueden tachar de inmoralidad los pactos que los poseedores hacen sobre la sucesion de un ausente. De esto se deduce, que tales convenios no son verdaderos pactos sucesorios. Por otra parte, ¿puede decirse que sean convenios sobre una sucesion abierta? Tampoco. Durante los dos primeros periodos de la ausencia no puede tratarse de la sucesion del ausente, porque no hay presuncion de muerte. ¡Cómo! ¡los herederos celebrarian convenios sobre la sucesion del ausente, cuando la ley no les confia la administracion de sus bienes más que por solicitud hacia el ausente! No es sino durante el tercer periodo cuando se procede á la particion de sus bienes (art. 129), y hasta despues de la posesion definitiva es cuando pueden los herederos hacer sobre esta particion, ó acerca de ella, convenios sobre la herencia del

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 463-470. Demolombe, t. II, p. 133 y siguientes, núms. 130 y 131.

ausente. Miéntras es provisional la posesion, el interés del ausente domina al de los poseedores. En definitiva, los convenios que éstos celebraran sobre la sucesion del ausente, aun cuando no fueran verdaderos pactos sucesorios, tampoco serian menos nulos, puesto que tendrian por objeto una sucesion que no está abierta, y que se efectuarian por administradores que carecen de toda autoridad para llevarlos á cabo.

187. ¿Pueden los acreedores de los presuntos herederos ejercitar los derechos que la ley concede á éstos? M. Demolombe enseña que pueden promover la declaracion de ausencia en nombre de los herederos, sus deudores; que pueden pedir la posesion y ejercerla, en virtud del art. 1166. Los acreedores estarian, en consecuencia, llamados á administrar los bienes del ausente. ¿Cómo lo efectuarian? Por medio de un curador, contesta M. Demolombe (1). Esta manera de administrar nos hace ya sospechar mucho de la opinion que la admite. Acordémonos de la desconfianza que el legislador ha mostrado hacia los curadores; aun cuando permite al tribunal nombrarlos, en caso de necesidad, no expresa su nombre; lo hace para poner término á una administracion que cree mala, que organiza la posesion provisional en beneficio de los presuntos herederos. ¡Y permitiria la ley á los acreedores de los herederos sustituir un curador, que ella desecha, con un nuevo curador! ¿Es este el caso de aplicar el art. 1166? Los acreedores pueden ejercitar los derechos pecuniarios de su deudor. ¿Acaso la posesion provisional es un derecho pecuniario? Ante todo es un cargo que la ley confia á los herederos por motivos que les son del todo personales. ¿Con qué título vendrian los acreedores á desempeñar un cargo para el que la ley llama á los parientes como tales? Verdad es que hay frutos que percibir, pero los

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 81, núm. 78.

herederos no tienen derecho á esos frutos sino porque administran. Se dirá que la posesion provisional abre provisionalmente la sucesion y que los acreedores deben tener los mismos derechos en caso de ausencia que los que les da la ley despues de la apertura de la sucesion. No admitimos que haya apertura de sucesion despues de la declaracion de ausencia, y aun cuando lo admitiéramos, seria necesario además que los herederos hubiesen renunciado á esta sucesion, con fraude de sus acreedores, para que éstos pudieran, en virtud del art. 788, aceptarla en nombre de su deudor. ¿Pero cómo renunciarían los herederos á una sucesion que no está abierta? Todo lo que puede decirse es que no proceden, ni piden la posesion. En vano buscamos un principio que permita á los acreedores pedirla en su nombre. En favor de nuestra opinion existe una sentencia de la corte de Metz (1).

188. ¿Pueden los poseedores provisionales ejercitar las acciones del ausente? Segun el art. 134, «una vez declarada judicialmente la ausencia, todo el que tuviere derechos que ejercitar contra el ausente, no podrá repetir más que contra las personas que estén en posesion de los bienes.» La ley nada dice de las acciones activas. Merlin cree que el art. 120 decide la cuestion; si el art. 134 no habla de las acciones que el ausente tiene que ejercitar, es evidentemente, dice este autor, porque ya fué previsto en el art. 120, es decir, porque la sentencia que pone al presunto heredero en posesion provisional de los bienes del ausente, trasfiere por precision en sus manos el ejercicio de todos los derechos activos que forman parte de sus bienes (2). Nos sorprendemos de que esta infundada razon

1 Sentencia de 7 de Abril de 1823 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 175).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 134, núm. I (t. I, p. 71).

haya seducido á Merlin y en seguida á casi todos los autores. Se olvida de que la toma de posesion *no es más que un depósito*, esos son los términos de la ley. Se olvida de que el único objeto de la posesion provisional, es dar á los que la reciben la administracion provisional de los bienes del ausente; tambien la ley es la que lo dice (art. 125). Los herederos entrados en posesion no tienen, por consiguiente, el ejercicio de todos los derechos activos que forman parte del patrimonio del ausente, no lo tienen, al menos, más que como administradores. De donde se sigue que sus poderes, en cuanto á las acciones, son los de todo administrador. Falta saber cuáles son esos poderes.

El art. 464 prescribe que el tutor no puede introducir ninguna accion relativa á los derechos sobre bienes inmuebles del menor, sin autorizacion del consejo de familia. De esto se deduce que tiene el derecho de intentar las acciones mobiliarias. La ley observa el mismo principio en cuanto al menor emancipado; no le permite intentar una accion inmobiliaria sino con la asistencia de su curador (art. 482). Respecto del marido administrador de los bienes de su mujer, puede, dice el art. 1428, ejercer únicamente todas las acciones mobiliarias, lo que implica que no tiene el derecho de intentar las inmobiliarias. La combinacion de estos diversos articulos prueba que el código observa como principio general que el administrador tiene las acciones mobiliarias, pero carece de las inmobiliarias. Este principio debe recibir su aplicacion en los poseedores, puesto que no tienen más poder que para administrar (1).

Se objeta que el mismo código deroga este principio, al decidir que la accion de particion puede ser ejercitada por los parientes á quienes se haya dado posesion

1 Esta es la opinion de Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 395.

(art. 817). Si tienen la accion de particion, se dice, deben tener, por identidad de razon, todas las acciones inmobiliarias. Contestamos que la disposicion del art. 817 es del todo especial; la accion de particion está regida, en efecto, por principios especiales, ocupa el medio entre los actos de disposicion y los actos de administracion. De aquí que no se pueda extender á las acciones inmobiliarias lo que la ley dice de las acciones de particion. Despues de todo, no es el art. 817 el fundamento de la materia, sino el art. 134. Este articulo se volveria completamente inútil si se admitiese que los poseedores tienen las acciones activas; si las tuvieran, con más razon tendrian las pasivas; no dándoles la ley más que las acciones pasivas, debe deducirse que no les permite proceder en nombre del ausente.

Se hace ademas una singular objecion contra el principio que sostnemos. ¿Por qué pedir, se dice, la autorizacion del tribunal para entablar una demanda sobre bienes inmuebles, cuando el tribunal debe conocer de ella? Se pide porque la ley exige una autorizacion. Como garantía evidentemente. Lo que supone que la autorizacion puede ser denegada, si no está fundada en pretension. ¿Se deberá dejar litigar á los poseedores, cuando es seguro que quedarán vencidos? Tambien la mujer casada ocurre á la justicia para obtener la autorizacion de litigar, cuando su marido no quiere ó no puede dársela. ¿Quién ha pensado nunca que fuera inútil ese paso (1)?

189. ¿Corre contra los ausentes la prescripcion? Sí, por la razon muy sencilla de que la ley no la suspende, y el art. 2251 dice que la prescripcion corre contra toda clase de personas, á no ser que se encuentren comprendidas en una excepcion legal. Eso decide la cuestion. Pero es gran-

1 Véanse, en sentido contrario, á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 346, y á Demolombe, t. II, p. 111, núm. 114.

de la dificultad de saber si la prescripcion corre contra el ausente ó contra los poseedores. Se comprende el interés de la cuestión cuando el ausente es menor, y mayores los poseedores, ó cuando éstos son menores, siendo mayor el ausente. Desde el punto de vista de los principios que hemos establecido, la cuestión no es ya una. Los poseedores son depositarios. ¿Corre acaso la prescripcion contra el depositario? Los poseedores son administradores. ¿Corre, por ventura, la prescripcion contra un mandatario? Si se admite que la toma de posesión es una apertura provisional de la herencia, si se admite que los poseedores tienen todas las acciones del ausente en virtud de su posesión, entonces debe preguntarse quién es parte interesada en la prescripción. ¿Es el ausente, ó son los poseedores?

Si es verdad que los poseedores son herederos más bien que administradores, entonces parece lógico decidir que la prescripción corre contra ellos y no contra el ausente. Tal es también el pensamiento de los autores. La acción es intentada por el entrado en posesión; si es menor, se habrá suspendido la prescripción a pesar de la mayoría del ausente; si es mayor, habrá corrido la prescripción, aun cuando el ausente fuese menor. ¿Por qué? Porque, al decir de Merlin, el que tiene la posesión está considerado que goza de los derechos de un verdadero propietario bajo la condición resolutiva de reintegrar. Así resulta del art. 120, según el cual la ley concede la toma de posesión a los presuntos herederos, el día de la desaparición del ausente ó el de sus últimas noticias. Pero si el ausente ha intentado la acción, siendo menor, ó si después de entrar a la mayor edad, no ha transcurrido un tiempo suficiente para prescribir contra él, no habrá corrido ciertamente la prescripción, aun cuando los poseedores fuesen mayores; porque en esta hipótesis, los presuntos herederos no habrán sido más que administradores; y nunca es del principal del

administrador, sino siempre y únicamente del principal de aquel cuyos negocios son administrados, de quien se juzga que corre ó está suspensa la prescripción (1).

Esta última razon condena la doctrina de Merlin. Los poseedores no son nunca más que administradores, aun cuando ellos sean los que entablen las demandas. La ley lo expresa, y no puede ser más clara al servirse del término enérgico de *depósito* para caracterizar la posesion provisional. Objétase en vano que el poseedor no está considerado como depositario sino respecto del ausente, y que se reputa verdadero heredero en cuanto á los terceros. Esto es introducir en la ley una distincion que no existe en ella. Si la ley llama á los presuntos herederos el dia de la desaparicion, no es en virtud de una presuncion de muerte, no es porque la herencia esté abierta á contar desde eso dia, sino únicamente porque necesitándose fijar una época para determinar los herederos que deberán ser puestos en posesion, se ha debido tomar aquella en que el ausente ha dado la última señal cierta de vida. Esta es una fiction, y por lo mismo debe restringirse al caso para que ha sido establecida; introducida para provenir una competencia posible entre pretendientes convertidos en presuntos herederos en distintos tiempos, no se puede hacer extensiva al caso de una reclamacion ejercitada contra un tercero detentador, y de una prescripción opuesta por éste. Esto es lo que expresa una sentencia notable dictada por la corte de Rennes (2).

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 134, núm. 2 (t. I, p. 71). Proudhon. *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 345. 347.

2 Sentencia de 13 de Marzo de 1862 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1862, 2, 178).

NUM. 3. DERECHOS DE LOS POSEEDORES.

190. El art. 127 concede á los poseedores cierta parte de los frutos: si regresa el ausente ántes de quince años contados desde su desaparicion, no están obligados á devolverle más que el quinto de las rentas, de siguiente, ganan cuatro quintos: si regresa despues de quince años, reintegran un décimo, y ganan nueve décimos. Despues de treinta años de ausencia, les pertenece el total de las rentas. Ya hemos expresado las razones por las que los autores del código civil han señalado á los poseedores una parte tan considerable de los frutos; más que todo, el interés del ausente es el que los ha determinado á obrar así. No sin sorpresa leemos tambien en un autor que goza de grande estima, que el art. 127 está fundado en los mismos motivos que han hecho conceder al poseedor de buena fé los frutos percibidos por él sobre la cosa de otro (art. 549) (1). Véase, pues, al poseedor que está asimilado á un poseedor de buena fé. Se acaba de oír á Merlin calificarlo de propietario, bajo la condicion resoluble de reintegrar al ausente; y la ley dice que es depositario y administrador. ¿Cómo puede ser el poseedor justamente administrador, propietario y poseedor de buena fé? No nos encargamos de encontrar la solucion de este enigma. Conformémonos con recordar la definicion que el art. 550 da del poseedor de buena fé: es el que posee *como propietario* en virtud de un *título traslativo de propiedad*, cuyos *vicios ignora*. ¿Acaso los poseedores provisionales poseen *como propietarios*, siendo asi que la ley dice que su posesion *no es más que un depósito*? ¿En dónde está el *título traslativo de pro-*

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 121, número 120.

piedad, en cuya virtud poseen? Su único título es la sentencia que los pone en posesión provisional de los bienes del ausente (art. 120). ¿Por ventura es un título traslativo de propiedad la sentencia que concede la administración provisional á los poseedores? Muchas controversias y errores se evitarían, ateniéndose al texto de la ley.

191. La parte en los frutos depende de la duración de la ausencia y no de la duración de la posesión. Dice el art. 127: si el ausente regresa antes de quince años contados desde el día de su desaparición, se le reintegrará la quinta parte de las rentas, y la décima si reaparece después de quince años contados también desde su desaparición. La posesión provisional ha sido declarada en 1851, once años después de la desaparición, habiendo dejado un poder el ausente. Regresa éste en 1857, seis años después de su marcha; no se le reintegrará más que la décima parte de las rentas, no obstante que la posesión provisional solo duró cinco años. Por el contrario, si la posesión provisional se hubiera verificado cinco años después de la desaparición, y si el ausente regresara catorce años más tarde, tendría el quinto de sus rentas; en este caso el poseedor solo ganaría cuatro quintos de las rentas, no obstante haber poseído durante nueve años (1). Parece extraño y poco lógico este resultado. Demuestra que la ley tiene en cuenta la probabilidad más ó menos grande de la defunción del ausente, la incertidumbre sobre su vida aumenta á medida que se aleja de la época de su desaparición. Por eso la ley debía tener en cuenta los derechos eventuales de los herederos.

Hé ahí por qué pertenece al ausente la totalidad de las rentas después de treinta años de ausencia. ¿Cómo deben

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I. p. 312, núm. 7.

entenderse estas palabras: *treinta años de ausencia*? ¿Son treinta años desde la declaracion de ausencia, ó treinta años desde la desaparicion del ausente? La cuestion es disputada. No vacilamos en resolverla en el ultimo sentido. La palabra *ausencia* en el segundo párrafo del art. 127 debe tener el mismo sentido que la palabra *desaparicion* en el primero, porque no hay ninguna razon para que el legislador admita otra base de cálculo en el caso previsto en el segundo párrafo; si no repitió la misma palabra fué indudablemente por evitar la repeticion de iguales términos y para dar más concision á su pensamiento. Así lo exige el espíritu de la ley. La ley quiere mejorar á los poseedores; sentado esto, para que ellos se aprovechen del beneficio de sus disposiciones, se necesita que corra el plazo á contar de la desaparicion y no de la declaracion de ausencia, porque treinta años despues de esta, ya no hay posesion provisional; entonces empieza la posesion definitiva: serian los poseedores definitivos los que, en la opinion contraria, se aprovecharian de una disposicion que ha sido dada en beneficio de los poseedores provisionales. Si alguna duda quedara sobre el sentido del art. 127, se desvaneceria con el discurso de Bigot-Préameneu. El orador del gobierno comienza por decir que es justo que los presuntos herederos tengan una parte en los frutos, á titulo de indemnizacion; añade que esta parte debe ser más ó menos subida segun la *prolongacion de la ausencia*. De consiguiente la palabra *ausencia*, en su mente, es sinónimo de la palabra *desaparicion*, de que se sirve la ley en el primer párrafo del art. 127. Bigot-Préameneu repite la misma palabra *ausencia* al explicar la disposicion que da al ausente, ya el quinto, ya el décimo de las rentas percibidas por los poseedores. Prueba de que á sus ojos, la *desaparicion* en el art. 127, párrafo primero, equivale á la *ausencia*; de igual suerte, en el segundo pá-

rrafo, la *ausencia* quiere decir tambien la desaparicion (1).

192. ¿Quiere decir que no debe tomarse en consideracion la época de la declaracion de ausencia cuando se trate de reintegrar los frutos? Esta época es la que determina los frutos sobre los que pueden ejercer sus derechos los poseedores. El ausente desaparece en 1840; su ausencia es declarada en 1851; regresa en 1857. Han transcurrido diez y seis años desde la desaparicion del ausente; los poseedores tienen derecho á los nueve décimos de los frutos; ¿pero de cuáles frutos? Naturalmente de los que han percibido, y no de los que estuvieron percibiendo ántes de la toma de posesion; en rigor, tendrán los nueve décimos de los frutos percibidos desde 1851. En cuanto á los frutos percibidos desde la desaparicion, en 1840, hasta la posesion provisional, en 1851, no tienen ningun derecho. En virtud del art. 126 ha debido hacerse el empleo de esos frutos; de consiguiente, forman parte del capital que debe ser restituido al ausente, si regresa.

193. La ley dice que los poseedores reintegran el quinto ó el décimo de las *rentas* al ausente, quedándose con los otros cuatro quintos ó nueve décimos. ¿Qué debe entenderse por *rentas*? ¿Es el rendimiento bruto, ó el rendimiento neto? La dificultad está en saber si deben deducirse del rendimiento bruto los gastos de cultivo ó de administracion y las cantidades invertidas en las reparaciones. No admite duda la afirmativa. Entiéndese por frutos ó rentas lo que queda, deducidos los gastos: si de un producto bruto de 10,000 francos se necesita hacer el gasto de 2,000, la renta será solo de 8,000 francos, y es seguro que de este producto neto de 8,000 francos se

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 309, desarrolla muy bien este punto. Véase, en sentido contrario, á Marcadé, *Curso elemental*, p. 307, núm. 3.

calculará la parte de los poseedores y la del ausente. Falta saber si en las cuentas que los poseedores rinden al ausente pueden cargar á gastos todo lo que han desembolsado, ó si deben reportar los gastos de conservacion. Los gastos de posesion se dividen entre el ausente y sus presuntos herederos, en la proporcion de los frutos que les están concedidos. Deben, sin embargo, exceptuarse los relativos á las grandes reparaciones que no reporta el usufructuario, aun cuando tenga derecho á todos los frutos; con menos razon deben reportarles los poseedores que sólo son administradores. Si, pues, han anticipado esos gastos, pueden cargarlos en cuenta (1).

194. ¿A quién deben reintegrarse los frutos? El art. 127 dice: «Al ausente si vuelve ántes de treinta años contados desde el dia de su desaparicion.» Puede hacerse que los poseedores restituyan los bienes á los herederos del ausente, el dia en que quede probada su muerte. ¿Estarán obligados, en ese caso, á reintegrar los frutos en la porporcion establecida por el art. 127? Es indudable la afirmativa. Si la ley no habla más que del ausente que regrese, no es por cierto para hacer notar que sólo él tiene derecho á reclamar una parte de los frutos; es más bien porque en materia de ausencia, el legislador siempre está preocupado de los intereses del ausente. En cuanto á los derechos de los poseedores, no dependen del regreso del ausente, sino de la obligacion que tienen de restituir los bienes de que no son más que depositarios. Poco importa, en lo que á ellos concierne, á quién se hace la restitucion. El art. 130 lo dice expresamente para el caso en que la sucesion del ausente llegara á abrirse en beneficio de otros parientes que los que obtuvieron la posesion.

1 Los autores están de acuerdo sobre todos estos puntos. Véase á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 311-314; á Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 313, núm. 9; á Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 130-132, núm. 127.

En el segundo párrafo del art. 127 el legislador no preve más que una sola hipótesis, cuando en realidad hay dos en las que los poseedores ganan todos los frutos. Los ganan primero, aun durante la posesion provisional, si han trascurrido treinta años desde la desaparicion del ausente. Los ganan tambien si trascurren cien años desde el nacimiento del ausente; en este caso procede la posesion definitiva, y siendo propietarios los poseedores definitivos, como tales ganan todos los frutos. Sobre este punto no hay duda alguna.

§ 5º Relaciones de los poseedores entre si y respecto de terceros.

195. Nada dice la ley acerca de estas relaciones. De ahí los sistemas inventados por los autores, teorías que tienden á formar la ley, y que por este motivo no podemos admitir. Se supone la sucesion del ausente abierta por la declaracion de ausencia, luego la particion de los bienes, la relacion de las liberalidades hechas por el ausente á uno de sus presuntos herederos; se dice que los poseedores provisionales son herederos beneficiados. No hay una palabra en el código en que pueda apoyarse esta doctrina. Verdad es que leyes posteriores al código de Napoleon han asimilado la posesion provisional á la apertura de una herencia; pero esas son leyes fiscales. En Francia, una ley de 28 de Abril de 1816, art. 110, ha derogado la ley de frimario; aquella ley dice: «Los herederos, legatarios y todos los demás llamados á ejercitar derechos subordinados á la defuncion de un individuo cuya ausencia esté declarada, están obligados á hacer dentro de seis meses contados desde el dia de la toma de posesion provisional, la declaracion á que estarian obligados si fuesen llamados por efecto de la muerte y á satisfacer los derechos sobre la venta entera de

los bienes ó derechos que recojan. En caso de que vuelva el ausente, se reintegrarán los derechos pagados, con la única deducción de la parte á que haya dado lugar la posesión de los herederos.» La ley belga de 17 de Diciembre de 1851, contiene una disposición análoga. Segun el art. 6º, «el derecho de sucesiones y el de mutación serán percibidos sobre el valor de los bienes de un ausente, de que los presuntos herederos, donatarios ó legatarios hubiesen sido puestos en posesión provisional ó definitiva.» ¿Se dirá que esta ley admite el principio de que la toma de posesión abre provisionalmente la herencia del ausente, y que en consecuencia, los poseedores deben ser considerados como herederos? Esto sería dar á las leyes fiscales una extensión que no tienen. El mismo texto que acabamos de transcribir prueba que no se puede interpretar el código civil por leyes que no tienen por objeto más que los intereses del fisco. Segun el art. 6º, la posesión provisional y la definitiva están colocadas en la misma línea en cuanto á la percepción de los derechos. ¿Deberá deducirse de esto que la ley de 1851 deroga el código civil y que ya no hay diferencia entre la posesión provisional y la posesión definitiva? Tan es cierto que la ley de 1851 no reconoce ninguna propiedad á los poseedores provisionales, que si el cónyuge presente opta por la continuación de la comunidad, no puede reclamarse derecho alguno (1). ¡Singular propiedad la que puede ser destruida por la voluntad de un tercero!

196. De consiguiente, debemos atenernos al código civil. La posesión provisional está organizada ante todo en interés del ausente; los poseedores están llamados á administrar sus bienes. ¿Cómo se reglamentará esta administración? No lo dice la ley; por lo mismo los presun-

1 Bastiné, *Teoría del derecho fiscal*, t. II, p. 120, núm. 113.

tos herederos tienen el derecho de arreglarla como les parezca; pueden dividirse la administracion, pueden tambien encomendarla á uno de ellos. Si surgen dificultades, las resolverá el tribunal. Así ha sido fallado en una sentencia de la corte de Orleans. Esta sentencia se aparta de la doctrina de los autores para atenerse al texto del código. Se trataba de saber si los poseedores pueden rematar los bienes del ausente. La corte resolvió que, conforme al art. 129, no puede verificarse ninguna particion de los bienes del ausente antes de la posesion definitiva; que esta prohibicion se aplica al uso de los bienes, lo mismo que á la propiedad, al no hacer la ley la distincion; ahora bien, desde que no ha lugar á particion, tampoco puede haber remate. Efectivamente, el remate no procede sino cuando una cosa comun no puede ser dividida sin menoscabo, ó cuando en una particion de bienes comunes hecha amigablemente se encontraren algunos que no pudiese ó no quisiese tomar alguno de los co-participes (art: 1686). La posesion provisional, dice la corte de Orleans, impone á los poseedores la obligacion de administrar; no pueden, pues, descargarse de ella en un extraño; todos los herederos tienen un deber y un derecho igual de manejar, correspondiendo á los tribunales allanar las dificultades que presentare esta administracion comun (1).

197. Los poseedores están calificados por la ley como depositarios y administradores. ¿Lo son sólo respecto del ausente? ¿Son propietarios tocante á los terceros, al menos en el sentido de que poseen como propietarios? Merlin contesta, que el poseedor está reputado como poseedor *animo domini*, respecto de terceros. Tan es cierto esto, dice, que en su derecho hereditario, los bienes del ausente siguen la misma suerte que los suyos pro-

1 Sentencia de 19, de Diciembre de 1859 (Jaloz, *Recopilacion periodica*, 1860, 2, 160.)

prios (1). Es verdad que la administracion pasa á los herederos de los poseedores. ¿Es porque poseen como propietarios? Poseen tan poco como propietarios, que pueden ser despojados de su administracion, no sólo por el ausente, sino por parientes más cercanos, si se presentaren. De consiguiente, no son los bienes los que pasan á los herederos de los poseedores, es la administracion; así lo exige la ley para que la administracion de los bienes del ausente esté siempre en poder de los herederos de éste.

198. Conforme á este principio, debe decidirse la cuestión de saber si los acreedores del poseedor pueden ejercitar sus derechos sobre los bienes comprendidos en la posesión. En la doctrina que hemos expuesto, ni siquiera se puede establecer la cuestión. Los poseedores no tienen más que el depósito, la administración de los bienes del ausente: es una herejía preguntar si los acreedores del tutor tienen acción sobre los bienes del menor. En la opinión seguida generalmente, se reconoce a los acreedores con derechos sobre los bienes del ausente, pero los autores no están de acuerdo sobre la extensión de estos derechos. Se ha fallado y se enseña, que las hipotecas consentidas por los poseedores sobre los bienes del ausente, nulas respecto de éste, son válidas tocante á terceros, al menos en el sentido de que podrán eventualmente ejercitárlas después de la toma de posesión definitiva (2). Nuestra ley hipotecaria, al asimilar á los ausentes con los menores (3), hace difícil admitir la validez de las hipotecas que consintieran los poseedores sin la observancia de las formalidades prescritas por la ley. En su lugar examinaremos la cues-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 120, núm. 4 (t. I, p. 57).

2 Sentencia de Ruan de 22 de Julio de 1810. Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 361. Demolombe, t. II, p. 148 y siguientes, núms. 137-138.

3 Ley de 16 de Diciembre de 1851, art. 75.

tion. En cuanto á las hipotecas legales, no alcanzan más que á los bienes que pertenecen á los deudores. ¿Y puede decirse que los bienes de los ausentes pertenecen á los poseedores? Quedan los acreedores quirografarios. ¿Pueden tomar éstos los bienes del ausente? Por segunda vez es una herejía la pregunta. El que obliga su persona, obliga sus bienes; pero no obliga, a la verdad, los bienes que posee como administrador. Ahora bien, los poseedores poseen como administradores. Se necesitaría una presunción de muerte para que pudieran ser considerados como propietarios de los bienes del ausente. La ley no establece semejante presunción. Cuando ménos se necesitaría que la ley declarara que son propietarios respecto de terceros; esto es lo que dice en el tercer periodo. Por lo mismo, no puede admitirse ese principio en el segundo. Los poseedores provisionales, permanecen, pues, como administradores; su posesión no es más que un depósito. Eso decide la cuestión. Agreguemos que los bienes del ausente son la prenda de sus acreedores. Lo que también excluye á los acreedores de los poseedores. Por último, la ley les prohíbe enajenar los bienes del ausente; ahora bien, los enajenarian indirectamente, si pudiesen gravarlos por las deudas que contraen. En concepto nuestro, debe decirse lo mismo de los inmuebles. Aun cuando se reconociera á los poseedores el derecho de vender los efectos muebles del ausente, sería en calidad de administradores y no de propietarios. A la letra, se concibe que el administrador enajena en interés de aquel cuyo patrimonio maneja; no se concibe que disponga de él en su propio interés.

§ 5. Fin de la posesion provisional.

199. La posesion provisional termina por la muerte del ausente. En todos los periodos de la ausencia, la sucesion del ausente se abre desde el dia de su defuncion probada, en beneficio de los herederos mas proximos en esta misma epoca. Si fueren otros parientes que los que han sido puestos en posesion, les deben ser restituidos los bienes del ausente, deduciendose los frutos aplicados a los poseedores (arts. 130 y 127).

Tambien el regreso del ausente pone termino a las medidas que la ley prescribe en razon de la ausencia. Conforme al art. 131, terminan los efectos del fallo que ha declarado la ausencia, salvo que el tribunal provea a la administracion de los bienes, si el ausente ha dado noticias de su persona sin reaparecer ni constituir mandatario.

Si hay parientes mas cercanos que los que obtuvieron la posesion, pueden pedir ser puestos en ella, de preferencia a los que la hubieren obtenido en perjuicio suyo.

Finalmente, termina la posesion provisional cuando haya lugar a declarar la toma de posesion definitiva (art. 129).

Mas adelante examinaremos las cuestiones a que da lugar la aplicacion de estos principios, conciernen a todos los periodos de la ausencia.

Antes de pasar a la posesion definitiva y al fin de la ausencia, necesitamos tratar de los derechos que concede la ley al conyuge presente cuando es comun en bienes.

SECCION III.—Derechos del conyuge presente.

§ 1º Principios generales.

200. El art. 140 dice: «Si el conyuge ausente no hubiere dejado parientes aptos para sucederle podra el otro

cónyuge solicitar la posesion provisional de los bienes.» Esta disposicion es inútil, porque no hace más que aplicar al cónyuge, sucesor irregular, el principio que establece el art. 120 sobre los derechos de los presuntos herederos el dia de la desaparicion del ausente ó el de las últimas noticias de su persona. Debe agregarse, que el art. 140 está truncado; no habla de los hijos naturales del ausente, que están llamados á sucederle, de preferencia al cónyuge, ni del Estado, que sucede á falta de cónyuge. No hay necesidad de decir que los hijos naturales y el Estado pueden solicitar la posesion provisional lo mismo que el cónyuge presente, por ser igual su título. Finalmente, los sucesores irregulares tienen derecho, no sólo á la posesion provisional, como dice el art. 140 refiriéndose al cónyuge; tambien tienen derecho á la posesion definitiva, en virtud del art. 129, que llama á todos los que tienen derecho á participar de los bienes del ausente.

201. La ley concede tambien otro derecho al cónyuge presente, cuando es comun en bienes; puede optar por la continuacion de la comunidad ó pedir la disolucion provisional. Si continua la comunidad, impide el ejercicio de todos los derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente (art. 124). ¿Por qué concede el legislador este derecho al cónyuge comun en bienes? La comunidad es una sociedad universal entre esposos; es la consecuencia de la comunidad de vida, de afectos y de intereses que produce el matrimonio. Ahora bien, subsistiendo el matrimonio á pesar de la ausencia declarada, es natural que tambien se conserve la sociedad de bienes que es la consecuencia de él. Verdad es que llega un momento en que queda disuelta la comunidad, aun cuando subsista el matrimonio, y esta es la época de la posesion definitiva. La ley, en el interés general y en el de los presuntos herederos, ha debido dictar medidas definitivas sobre la particion

de los bienes del ausente, medidas que no son, sin embargo, más que provisionales respecto de éste. En cuanto al matrimonio, no se interrumpe más que por la muerte ó el divorcio, no puede disolverse provisionalmente. He ahí por qué, durante el tercer periodo de la ausencia, termina la vida común en cuanto á los intereses pecuniarios, pero se conserva el lazo moral. En el segundo periodo permite la ley al cónyuge presente continuar la comunidad, impidiendo así la posesión provisional de los presuntos herederos. Tiene, pues, preferencia sobre éstos. ¿Cuál es la razón? Primero, puede invocarse el matrimonio, que subsiste; puede invocarse el contrato que ata al cónyuge presente lo mismo que al ausente. La comunidad le da derechos ciertos, puesto que se derivan de un contrato, mientras que los derechos de los herederos son inciertos, ó como dice Bigot-Piéameneu, precarios y provisionales. El legislador ha discurrido que los herederos no podían, contra la voluntad de una de las partes, romper un contrato sinalagmático. Además, no se trata, como bien se comprende, más que de administrar los bienes del ausente. Sentado esto ¿quién es el mejor administrador, los herederos que de un día á otro pueden ser separados por la vuelta del ausente, ó el cónyuge, que en caso de regreso, no habrá hecho más que continuar la existencia común á que le da derecho la comunidad? ¿Por qué trastorno de ideas, pregunta el orador del gobierno, se nombraría administrador de una sociedad á los que son extraños á ella, cuando el socio á mediados se encuentra presente (1)?

202. El código concede al cónyuge presente el derecho de conservar sus convenios matrimoniales contra los presuntos herederos del ausente; pero no le otorga ese derecho si no es común en bienes. La comunidad es legal ó con-

1 Exposición de los motivos en Loeré, t. II, ps. 256 y siguientes, núms. 23 y 24. Mourlon, *Repeticiones*, t. II, ps. 235 y siguientes.

vencial. Es verdad que el cónyuge tiene la opción que le concede el art. 124, bajo el sistema de la comunidad convencional, lo mismo que bajo el sistema de la comunidad legal. La razón es la misma, puesto que existe siempre una sociedad de bienes entre los cónyuges, y en esta sociedad está fundado el derecho del esposo presente. Hay además otros tres sistemas: el exclusivo de comunidad, el de separación de bienes y el dotal. Estos sistemas tienen de común que no establecen sociedad alguna entre cónyuges; están, por el contrario, separados de bienes. ¿Puede el cónyuge casado bajo de estos tres sistemas, solicitar la subsistencia de su contrato contra los presuntos herederos del ausente? No, el art. 124 es expreso, no concierne más que al cónyuge comun en bienes. ¿Cuál es la razón de la diferencia que establece la ley entre los diversos sistemas?

Los autores están unánimes en censurar la disposición del art. 124 (1). ¿No descansan en un contrato todos los sistemas? ¿No da un contrato un derecho cierto al cónyuge del ausente? ¿Este derecho, que se deriva de un contrato, no debe sobreponerse al derecho eventual y precario de los presuntos herederos? Se comprendería que la ley, fundándose en la probabilidad de muerte del ausente, termine en todas ocasiones su contrato de matrimonio; pero no se comprende que lo conserve bajo un sistema y lo disuelva bajo los demás. Proudhon ha tratado de justificar la distinción: «La ley, dice, sólo concede al cónyuge asociado, el derecho de conservar sus contratos matrimoniales, porque ha querido que su favor fuese común á los dos cónyuges, y que sólo bajo la comunidad puede esto ser así (2).» Eso es verdad, pero no decisivo. También es posible que bajo el sistema de comunidad convencional, el cónyuge presente

1. Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 363 y siguientes, nros. 272-273.

2. Proudhon, *Trotado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 314.

tenga interés en terminar la sociedad de bienes que tiene contratada con el ausente; tiene derecho para proceder así, conforme al art. 124. ¿Por qué, pues, no da la ley al cónyuge el derecho de conservar ó terminar los demás sistemas, segun convenga á su interés? ¿Acaso el marido presente, casado bajo el sistema exclusivo de comunidad, no tiene interés en conservar su contrato de matrimonio que le asegura el goce de los bienes de su mujer? El mismo interés existe bajo el sistema de separación de bienes y bajo el sistema dotal. En el espíritu de la ley, este interés es un derecho, derecho convencional, cierto, tanto como el derecho del cónyuge común en bienes. ¿Por qué la ley asegura el derecho del uno, y no asegura el del otro? Inútilmente se buscaría una razón para justificar esta inconveniencia; es preciso aceptarla, porque es la ley.

203. ¿Puede el cónyuge común en bienes ejercitar el derecho que le concede el art. 124, antes de que los presuntos herederos hayan solicitado la posesión provisional? Si, Merlin lo demuestra; pero por un singular menoscabo, comienza por hacer decir á la ley lo que no dice. El art. 124 expresa que el cónyuge, al optar por la continuación de la comunidad, puede *impedir la posesión provisional*, lo que implica que la posesión provisional no se llevará á cabo; mientras que Merlin le hace decir que la opción del cónyuge impide *el efecto de la posesión provisional*, lo que supone que ha tenido lugar la posesión, pero que el cónyuge contiene los efectos de ella. El texto del código decide, pues, nuestra cuestión, y el espíritu de la ley es también bastante claro. Si el legislador da la preferencia al cónyuge, es porque el derecho de éste es cierto y el de los herederos es precario; ¿se concebiría que un derecho cierto estuviese subordinado á un derecho precario? Merlin invoca el art. 129, que es decisivo. Esta disposición dijo el punto de partida del plazo de treinta años, después

del cual todos los que tuvieren derecho pueden pedir la posesion definitiva de los bienes del ausente. ¿Cuál es ese punto de partida? *La posesion provisional, ó la época en que el cónyuge haya tomado la administracion de los bienes del ausente.* Resulta claramente de esta alternativa que el cónyuge comun puede tomar la administracion de los bienes del ausente ántes de que los presuntos herederos hayan obtenido la posesion provisional, porque si no pudiera tomarla sino despues, seria indiferente la época en que la hubiese tomado en el cálculo del plazo de treinta años; este plazo correria siempre y necesariamente desde el dia de la posesion provisional (1). El argumento es ingenioso; por eso lo reproducimos, aunque en rigor se puede pasar sin él.

§ 2º Continuacion de la comunidad

204. Segun el art. 124, si el cónyuge presente opta por la continuacion de la comunidad, *toma ó conserva* de preferencia al administracion de los bienes del ausente. *Toma;* esto supone que la mujer es la que está presente; *toma*, en efecto, una administracion que no tenia. *Conserva;* esto supone que el marido es el que está presente; tenia ya la administracion de la comunidad y de los bienes de su mujer; no hace, pues, más que continuarla; en este sentido, la *conserva*. El cónyuge presente que opta por la continuacion de la comunidad es juntamente administrador de los bienes comunes y de los de su cónyuge ausente. Es, sin embargo, de notarse que la ley no habla textualmente de la administracion de la comunidad, no habla más que de la administracion de los *bienes del ausente*. Parece, por lo mis-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 124, núm. 2 (t. I, p. 65).

mo, comprender los bienes comunes entre los bienes del ausente; en efecto, es copropietario, puesto que es socio. Veremos luego una consecuencia de este principio.

205. La opcion del cónyuge por la continuacion de la comunidad tiene un efecto considerable; impide no solo la posesion de los presuntos herederos, si no tambien el ejercicio provisional de todos los derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente. Se concibe que la ley prefiera al cónyuge sobre los parientes legitimos y aun sobre los legatarios y herederos que se derivan de un contrato, porque el derecho de aquél es cierto. Por otra parte, el interés del ausente justifica esta preferencia. La administracion de los bienes estará en una sola mano, adicta á interesada en la conservacion de los derechos del ausente. Por último, era preciso, de absoluta necesidad, proveer á la administracion de los bienes comunes y de los bienes personales del ausente; era necesario, de consiguiente, confiar esa administracion, bien al cónyuge, bien á los herederos. No sucede lo mismo respecto de los bienes sobre los que los terceros tienen un derecho subordinado á la condicion del fallecimiento del ausente (1). Supongamos que el ausente es usufructuario; el nudo propietario tiene derecho á los bienes gravados de usufructo, si el ausente ha muerto. Habiendo incertidumbre sobre la vida del ausente, la probabilidad de su muerte va creciendo cada dia. ¿Por qué no permitir al nudo propietario que ejercite provisionalmente su derecho? ¿Por qué dar la preferencia al cónyuge? El nudo propietario tiene un derecho cierto tanto como el cónyuge; mejor dicho, su derecho es más grande, porque el cónyuge administra bienes que no son suyos y que nunca le pertenecerán, puesto que existen presuntos herederos, mientras que el nudo propietario es, desde el presente,

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 367, núm. 451.

proprietario. La ley quiere confiar la administracion de los bienes del ausente á quien los maneje mejor. ¿Puede haber mejor administrador que el propietario? Este es el caso de decir: la ley es mala, pero es la ley.

206. El art. 124 concede á cada uno de los cónyuges el derecho de pedir la continuacion provisional de la comunidad. Hay, empero, una diferencia notable entre los dos cónyuges, en cuanto al poder que tienen como administradores; la misma ley lo indica al decir que la mujer *toma* la administracion y que el marido la *conserva*. ¿Si el marido la *conserva*, deberá deducirse que ejercita como *administrador legal*—es el término de la ley—el mismo poder que tenia como administrador convencional? Esa es la opinion general. Solo Proudhon es de contrario parecer. «En los casos comunes, dice, el marido, al ministrando la comunidad como dueño, pue le enajenar é hipotecar los fondos que dependen de ella, pero aquí el que ha optado por la continuacion de la comunidad no puede estar investido de un poder tan extenso (1).» Es indudable que la posicion del marido no es absolutamente la misma. Cuando la mujer está presente, cuando no hay duda alguna sobre su vida, el marido obra como dueño y señor, y es valido todo lo que hace á título oneroso. Pero si está ausente la mujer, no se sabe si la comunidad, aunque continua, subsiste aún; es posible que esté disuelta, en el momento en que el marido opta por la continuacion de la comunidad, por la muerte de la mujer. En esta hipótesis, que será una realidad con mucha frecuencia, no existe comunidad en el momento en que el marido enajena unos bienes comunes. ¿Puede permitirse enajenar lo que tal vez no le pertenece? La cuestion se dirige al legislador más bien que

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 318. Consultese á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 387.

al intérprete. Verdad es que el legislador habría podido tomar en consideración la incertidumbre que reina sobre la vida del cónyuge ausente y limitar los derechos del marido presente. Pero el intérprete no tiene que ver con lo que habría podido ó debido hacer la ley; debe limitarse á ver lo que ha hecho. ¿Existe una disposición que prohíba al marido enajenar los bienes de la comunidad continuada? Proudhon cita el art. 128, que dice: «No podrán enajenar ni hipotecar los bienes del ausente, los que disfrutaren de ellos solamente en virtud de la posesión provisional.» ¿Puede aplicarse esta disposición al marido que opta por la continuación de la comunidad? En verdad, no disfruta en virtud de la posesión provisional, alministra una comunidad que es la suya; y cuando enajena, no vendo un *inmueble del ausente*, vendo un inmueble del cual es dueño.

Queda, sin embargo, una dificultad, que prueba que Proudhon tiene razón en teoría. El marido enajena un inmueble común en 1869; después se sabe que la comunidad fué disuelta en 1863 por la muerte de la mujer. ¿Es válida la venta, ó pueden combatirla los herederos de la mujer? Los autores que doctrinan que el marido puede enajenar los bienes gananciales, admiten también, que siendo válida la venta en su principio, debe sostenerse (1): esta es la aplicación del principio elemental de que la ley debe validar los actos ejecutados conforme á sus disposiciones. La mayor parte de los autores invocan otro principio, el del mandato. Dicen que el marido es mandatario legal de la mujer; en virtud de este mandato, puede enajenar; puede hacerlo aun cuando por la muerte de la mujer haya cesado su mandato, porque según el art. 2009, las promesas del mandatario son, en ese caso, ejecutados respecto

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 231, n.º 5.

de los terceros de buena fé (1). No creemos que el marido proceda como mandatario; entonces sería simple administrador, y como tal, no tendría el derecho de enajenar (art. 1988). El marido no tiene el derecho de enajenar más que considerándolo como dueño de la comunidad, y la idea de dueño y señor no puede ligarse con la de mandatario.

¿Si los herederos de la mujer deben respetar las enajenaciones hechas por el marido, quiere decir que no tienen ningun derecho en razon de estas ventas? Apénas puede establecerse la cuestión. ¿Con qué calidad ha vendido el marido? Como jefe de la comunidad. Poco importa que la comunidad esté disuelta; se debe, no obstante, suponer que existe; de lo contrario sería nula la enajenacion. Pues bien, la ficcion debe ser admitida con todas sus consecuencias. Si se considera que el marido ha enajenado un bien comun, el precio de este inmueble debe ingresar en la comunidad; en consecuencia, los herederos se aprovecharán de él. Nada más justo, porque en el momento en que se efectuó la venta estaba disuelta la comunidad; el inmueble vendido por el marido formaba, pues, parte de los bienes comunes que deben ser repartidos entre los herederos de la mujer y el marido; de aquí el que deban aprovecharse del precio á medias.

207. ¿Debe el marido formar inventario de los bienes de la comunidad? Segun el art. 126, «los que obtengan la posesion provisional, lo mismo que el cónyuge que hubiese optado por la continuacion de la comunidad, deberán proceder al inventario *del mobiliario y de los titulos del ausente.*» A primera vista se podría creer que nuestra cuestión está resuelta por el texto de la ley. El inventario, segun el art. 126, debe descansar en los bienes muebles

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, ps. 383 y siguientes, núm. 285.

del ausente; ahora bien, no perteneciendo la comunidad á la mujer ausente, el marido presente es el único dueño y señor de ella. ¿Por lo mismo que puede disponer á voluntad, no debe decirse que es inútil el inventario (1)? No, no es inútil. En primer lugar, el marido puede estar obligado á restituciones para con los herederos de la mujer, si ésta ha fallecido, y si continúa disponiendo de los efectos de la comunidad, despues de su defuncion, cuando realmente la comunidad estaba disuelta. En seguida, se olvida que la comunidad puede ser convencional; si la mujer ha estipulado dote de viuda, tambien habrá lugar á restituciones, en el caso en que reapareciese, si no por el marido, cuando ménos por sus herederos. De consiguiente, siempre será útil el inventario. Pero no basta que sea útil para que el marido deba formarlo; la cuestion está en saber si la ley lo obliga á ello. Así nosotros no diremos con Duranton, que el marido debe formar el inventario, porque en ello no hay inconveniente alguno, y si lo habria muy grave no formándolo (2). El intérprete no puede establecer obligacion, sólo la ley tiene ese poder. De consiguiente, es necesario ver lo que dice el texto.

El art. 126 habla del mobiliario y de los títulos *del ausente*. ¿Es restrictiva esta disposicion? Ya la hemos encontrado en el art. 124, en el que, sin embargo, comprende los efectos de la comunidad. Ahora bien, ¿no debe contener el inventario todos los bienes cuya administracion está conferida al marido? Despues de todo, los bienes de la comunidad son tambien los bienes de la mujer ausente, porque es socio, y en consecuencia, copropietaria. Por ultimo, el art. 126 coloca al marido administrador en la

1 Esta es la opinion de Dalloz, y de los autores que cita (*Reportorio*, en la palabra *Ausencia*, num. 391).

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, ps. 373 y siguientes, num. 460.

misma linea que al heredero poseedor provisional, en cuanto á la obligacion de formar inventario. Si, pues, los que obtienen la posesion provisional deben inventariar todos los bienes que están llamados á administrar, luego asi debe ser tratándose del marido administrador legal (1).

208. El marido que continua la comunidad administra tambien los bienes personales de la mujer. Este es el derecho comun, bajo el sistema de la comunidad legal. ¿Pero puede ser lo mismo cuando la mujer se ha reservado la administracion de algunos de sus bienes? En ese caso, los administrará el marido por cuenta de la mujer. Como administrador de los bienes personales de la mujer, el marido no tiene poderes de administracion. En concepto nuestro, no puede enajenar el mobiliario. Los que admiten que la enajenacion de los muebles es un acto de administracion, reconocen naturalmente en el marido administrador legal el mismo poder (2). Tiene tambien las obligaciones de los poseedores provisionales. En esto no hay duda alguna, puesto que la ley lo obliga á formar inventario de los bienes del ausente, bajo el mismo titulo que á los poseedores.

209. La mujer presente tiene tambien la administracion legal de la comunidad y de los bienes propios de su marido ausente, cuando opta por la continuacion de la comunidad. ¿Pero tiene el mismo poder que el marido? Se decide generalmente que debe estar asimilada á un poseedor, y que por lo mismo no es más que depositaria y administradora. Queda, empero, un motivo de duda. La mujer *toma* la administracion, dice el art. 124. ¿Esto no es decir que la toma tal como la tenia el marido? ¿no

1 Demolombo, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 376, número 182.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 389-390.

debe considerarse como mandataria del marido, y como tal, no tiene los mismos poderes que éste, es decir, el derecho de disponer libremente de los bienes de la comunidad (1)? No creemos que sea esa la posición de la mujer. Subsiste el matrimonio, y por ende la incapacidad jurídica que pesa sobre la mujer. Si tiene bienes personales, no puede enajenarlos, ni hipotecarlos sino con autorización judicial. ¿Cómo podría tener poderes más amplios cuando administra la comunidad y los bienes personales del marido? Para admitir semejante anomalía sería necesario un texto expreso. Ahora bien, el único texto que se invoca es el art. 124, que no habla más que de la administración. Por consiguiente, debe decidirse que la mujer no tiene más que un poder de administrador; no puede ni enajenar ni hipotecar. En apoyo de esta opinión puede citarse el artículo 1427 que no permite á la mujer comprometer los bienes de la comunidad, en caso de ausencia del marido, sino con autorización judicial, aun cuando se trate de la obligación más favorable, del establecimiento de sus hijos. Verdad es que el art. 1427 no prevé textualmente el caso en que la mujer continúe la comunidad; pero demuestra al menos que la ausencia en nada modifica la incapacidad de la mujer casada en lo concerniente á los actos de enajenación. Tal es también la disposición del art. 222, que sustituye la autorización del marido con la judicial cuando el marido está ausente. Por último, Bigot Preameneu interpreta la ley en este sentido en su Exposición de los motivos; dice terminantemente, que los derechos que da á la mujer la administración legal, no son tan amplios como los del marido, que aquella no puede ni enajenar ni hipotecar los bienes comunes (2).

1 Esta es la opinión de Mourlon, *Repeticiones*, t. I, p. 240, nota 2.

2 Loqué, *Legislación civil*, t. II, p. 257, núm. 25. Esta es la opinión

La mujer no tiene, de consiguiente, más que un poder de administracion. ¿Necesita autorizacion judicial para administrar? Así podria creerse, conforme á la disposicion general del art. 222 que acabamos de citar. Pero la question está en saber si el art. 124 no introduce una excepcion en la regla general. Proudhon opina que la sentencia que confiere á la mujer la administracion de la comunidad y la de los bienes del marido la autoriza á hacer todo lo que sea necesario para administrar; que su incapacidad no subsiste sino para los actos de disposicion y para el derecho de comparecer judicialmente (1). Esta es la opinion general. Se funda en un argumento de analogia que nos parece decisivo. Cuando la mujer está separada de bienes, tiene la libre administracion de su patrimonio; ¿por qué? Porque su administracion estaria embarazada á cada momento si tuviese que dirigirse á los tribunales para todo acto que quisiese ejecutar. Si el fallo que le confiere la administracion de sus bienes, en caso de separacion, la exime de la potestad marital para los actos de administracion, hay identidad de razon para concederle la misma capacidad cuando administra en virtud de un poder que la ley le confiere.

¿Debe la mujer formar inventarios de los bienes cuya administracion toma, bienes de la comunidad y bienes del marido? Respecto de la mujer, no es nada dudosa la afirmativa, porque no es realmente más que depositaria y administradora, como lo son los que adquieren la posesion provisional. Es, pues, lógico someterla á las mismas obligaciones. Queda la dificultad de texto que ya hemos quitado respecto del marido, y que con más razon debemos quitar tocante á la mujer; efectivamente, en el rigor del

comun (Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 382, número 285).

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 305.

derecho, los bienes de la comunidad son los bienes del marido ausente. Puede, en consecuencia, decirse que el texto decide la cuestion, y el espíritu de la ley no deja duda alguna. En el consejo de Estado ha sido reconocida como una cosa incontestable la obligacion de la mujer de formar inventario (1).

El art. 124 agrega que la mujer, al optar por la continuacion de la comunidad, conserva el derecho de renunciar en seguida á ella. Bigot-Préameneu opina que la mujer comun recibe de la ley el derecho de renunciar á la comunidad; si quiere encargarse de la administracion de los bienes comunes, esta obligacion no debe privarla de un derecho adquirido (2). Optar por la continuacion de la comunidad, no es aceptar la comunidad; no puede tratarse de aceptarla ni de renunciar á ella, puesto que continua. ¿Si eso es de derecho comun, por qué lo dice la ley? Es que habia un motivo de duda. La mujer comun tiene el derecho de renunciar, porque permanece extraña á la comunidad; si ésta es mala y la mujer está obligada á renunciar, la falta es del marido que ha manejado mal, y la mujer no debe ser responsable de las consecuencias de una administracion de que está excluida. Ya no existe este motivo cuando la mujer opta por la continuacion de la comunidad; entonces ella es la que administra; ¿y no debe sufrir las consecuencias de su administracion (3)? La ley se ha declarado en favor de la mujer por una consideracion de equidad. Justo es que no se vuelva en su perjuicio el servicio que presta al marido encargándose de la administracion. Por otra parte, como dice el orador del gobierno, es posible que den mal resultado negocios emprendidos ántes

1 Sesión del 4 frimario año X (Loeré, t. II, p. 236, núm. 20).

2 Exposición de los motivos (Loeré, t. II, p. 257, núm. 25).

3 Valett sobre Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 315 nota 1.

de la partida del marido. Seria injusto hacer responsable á la mujer de una administracion que no ha hecho más que continuar.

210. Tales son los derechos y las obligaciones del esposo administrador legal. Se pregunta si debe prestar fianza para la seguridad de su administracion. Nos sorprende mos de ver debatida la cuestion. Unos dicen que el cónyuge que opta por la continuacion de la communal debe prestar fianza por la misma razon con que la ley lo obliga á formar inventario; que por otra parte, lo supone el art. 129; en favor de esta opinion existe una sentencia de la corte de Paris. Otros sostienen que el cónyuge administrador legal no debe prestar fianza, porque la ley no lo exige. Finalmente, no faltan autores que hagan distincion entre el marido y la mujer; someten á ésta la obligacion de suministrar fianza, puesto que debe dar cuenta de su administracion; igual obligacion imponen al marido respecto de los bienes comunes (1). Nos parece que la cuestion no puede ser más obvia. ¿Basta ser administrador para estar obligado á dar fianza? No, por cierto, puesto que el tutor no debe caueionar su manejo, ni el marido administrador de los bienes de su mujer. De consiguiente, se necesitaria una disposicion expresa para que el marido y la mujer, administradores legales, estuviesen obligados á dar fianza. ¿Dónde está el texto que los somete á ello? Al tratar de los efectos de la ausencia, el legislador define cuidadosamente las obligaciones de los que estan llamados á administrar los bienes del ausente. Exige que den fianza los presuntos herederos que soliciten la posesion (art. 120); exige que la den todos los que ejerciten de echos subordinados á la condicion del fallecimiento del ausente (art. 123). El art. 124, que habla de los cónyuges, los obliga á dar fianza si piden

1. Véanse las diferentes opiniones en Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, ps. 379 y siguiente, núm. 283.

la disolucion provisional de la comunidad; no los obliga á ello cuando optan por su continuacion. Eso decide la cuestion. En vano se dice que el art. 129 supone que se darán las fianzas en caso de administracion legal, lo mismo que en el de posesion provisional, puesto que en una y otra hipotesis declará deseagradas las fianzas. No es por vía de suposicion como se pueden establecer obligaciones, porque ese método conduciría á formar la ley en vez de interpretarla. El art. 129 desearia las fianzas cuando estas existen; ¿y quién nos dice cuándo debe prestarse fianza? No es el art. 129, es el art. 124. El silencio que guarda este articulo basta para decidir la cuestion en favor del cónyuge, administrador legal.

211. ¿Cuándo termina la comunidad continuada por el cónyuge presente? Termina por las mismas causas que ponen fin á la posesion provisional. Primero, si regresa el ausente ó da noticia de su persona. La opcion es una continuacion de la ausencia; cuando ya no hay ausencia, no puede tratarse de opcion ni de administracion legal; todo entra de nuevo en el derecho comun. Lo mismo sucede si llega á morir el cónyuge ausente; las medidas provisionales que la ausencia trae consigo ce len su lugar, en este caso, al ejercicio definitivo de los derechos que pertenezcan a los herederos. En esta hipotesis, la comunidad habrá sido disuelta á contar desde el dia de la defuncion probada, y, en consecuencia, se hará la particion. Si hay posesion definitiva, quedará igualmente disuelta la comunidad; pero entonces lo será á contar de la desaparicion del ausente ó de sus ultimas noticias, puesto que esa es la fecha á que se remontó para conferir los bienes del ausente á sus herederos.

La comunidad se disuelve tambien por la muerte del cónyuge presente, este es el derecho comun. ¿Pero se tendrá en consideracion la fecha de la muerte para arreglar los

derechos de las partes interesadas? No, procede la posesion provisional de los presuntos herederos del ausente; ahora bien, para esto hay que remontarse al dia de la desaparicion ó al de las ultimas noticias; de consiguiente, se considerara disuelta la comunidad á contar desde ese dia, y repartida segun la consistencia que tenia en aquella época.

Por ultimo, la comunidad continuada puede acabar tambien por la voluntad del cónyuge presente. Optar por la continuacion de la comunidad, es un derecho que puede ó no ejercitar. No siendo sino facultativa la opcion que hace, no le impone obligacion alguna de continuarla. Usa de un favor, y puede renunciarlo. Verdad es que la ley toma en consideracion el interes del ausente, confiando al cónyuge presente la administracion de la comunidad; pero no obliga al cónyuge á encargarse de ella. De aqui que el esposo, no estando ligado ni por la ley ni por un pacto, sea libre de renunciar á la administracion legal. Respecto de la mujer, no cabe la menor duda, toda vez que puede hasta renunciar la comunidad, despues de haber optado por su continuacion. El marido nunca puede renunciar la comunidad, pero estando mas ligado que la mujer por su opcion, nada le impide terminar su administracion. En este caso procede la toma de posesion provisional de los herederos del ausente, y por lo mismo, se considera disuelta la comunidad, no desde el dia en que el cónyuge renuncia la administracion legal, sino á contar de la desaparicion ó de las ultimas noticias del ausente (1).

212. ¿Quién adquiere los frutos percibidos durante la administracion legal? El art. 127 da al cónyuge los mismos derechos que á los poseedores provisionales, de

1 Marcadó, *Curso elemental*, t. I, ps. 285 y siguientes, núms. 10 y 11. Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, ps. 395 y siguientes, núm. 290.

consiguiente, los cuatro quintos de las rentas, si la ausencia ha durado quince años después de la desaparición, y los nueve décimos, si ha durado más de quince años. Todos los autores están de acuerdo en criticar esta disposición. ¿Por qué aplica la ley los frutos al cónyuge administrador legal? Se concibe que haya añadido una ventaja á la administración, señalando al cónyuge cierta parte en los frutos. Pero no se concibe que esta parte aumente con la duración de la ausencia. Eso es lógico respecto del presunto heredero, cuyos derechos adquieran todos los días más probabilidad á medida que se prolonga la ausencia. Pero es sobreanamente ilógico en lo que concierne al cónyuge, cuyos derechos van siendo más y más inciertos á medida que crece la incertidumbre de la vida del ausente (1). La crítica es fundada; pero no demuestra que la teoría del código civil no es la que le suponen los autores? Estos están preocupados sobre todo de los derechos de los herederos; en tanto que el legislador medita, ante todo, en proteger los intereses del ausente; con esta intención organiza la posesión provisional; también con esta intención concede de preferencia la administración de la comunidad al cónyuge presente. Para inducir, ya sea á los presuntos herederos, ya al cónyuge á encargarse de esta administración, les da una parte de los frutos, sin distinguir entre ellos y, á su manera de ver, no había lugar á distinguir, puesto que es el mismo el motivo por que les concede esta ventaja. La ley es, pues, lógica, si se tiene en cuenta su espíritu.

213. No carece de dificultad la aplicación de la ley. Se pregunta desde luego á quién debió ser restituídos los frutos si la ausencia dura menos de treinta años. Conforme al texto del art. 127, se podría contestar que los frutos no deben ser devueltos más que al ausente, si reaparece. Pero

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 313, núm. 8.

ya hemos rechazado ésta interpretación en lo concerniente á los herederos entrados en posesión provisional, y como el código coloca al cónyuge presente absolutamente en la misma línea, debe decidirse también que el cónyuge debe hacer la restitución de los frutos á todos aquellos á quienes entrega los bienes. Acerca de este primer punto, no hay ninguna duda importante. ¿Pero qué sucede con los frutos que adquiere el cónyuge? Supongamos primero que regresa el ausente. El cónyuge presente ha percibido los frutos de los bienes comunes y de los bienes propios del ausente; gana los cuatro quintos ó los nueve décimos; segun el texto de la ley, no debe devolverlos. ¿Pero cómo conciliar esta disposición con el art. 1401, que hace entrar en el activo de la comunidad todo el mobiliario futuro, es decir, todo lo que los cónyuges ganen con su trabajo, todo lo que reciban bajo un título cualquiera? En el caso, la comunidad subsiste, puesto que regresa el cónyuge ausente. En consecuencia, los frutos que ha percibido el cónyuge presente, aunque los ha ganado segun el art. 127, deben ser puestos en la comunidad; más bien dicho, éste aprovecha de pleno derecho, y sin distinguir los frutos percibidos sobre los bienes comunes, de los frutos percibidos sobre los bienes personales del cónyuge ausente. Bajo el sistema de la comunidad legal, el art. 127 permanece, pues, sin aplicación. Se ha tratado de conciliar el art. 127 con el artículo 1401, considerando los frutos como una donación hecha por la ley al cónyuge presente, con la cláusula de que las cosas donadas no entran en comunidad⁽¹⁾. Esta explicación es inadmisible, por el solo hecho de que la ley no la consigna. Se necesita un texto para que pueda admitirse que una donación se hace con tal ó cual cláusula. En verdad, la ley no hace donación, porque la donación es un contrato, y el

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 377, núm. 461.

legislador no contrata, ni estipula, ni promete. En el art. 127 no se trata de una donacion, sino de una ventaja que la ley señale á un cargo.

214. Hasta aquí hemos supuesto que la restitucion de los bienes se hacia al ausente, es decir, que los frutos han sido percibidos por el cónyuge presente, mientras subsistia la comunidad. Tambien puede hacerse la restitucion á los herederos del cónyuge ausente. Esto tiene lugar primero cuando el ausente llega á morir. En este caso debe distinguirse. Si el cónyuge presente ha percibido los frutos despues de la defuncion del ausente, el art. 126 recibira su aplicacion sin dificultad, puesto que en esta hipótesis, la comunidad està disuelta; no puele, de consiguiente, tratarse de introducir los frutos en la comunidad. En cuanto á los frutos percibidos ántes de la defuncion, lo han sido durante la existencia de la comunidad, y por ende ésta se aprovechará indirectamente de ellos, puesto que le corresponden todas las ganancias muebles alcanzadas por los cónyuges.

La restitucion de los bienes tambien se hace á los herederos del ausente, si la comunidad continuada termina por la posesion definitiva, ó por la renuncia del cónyuge administrador legal, ó por su muerte. En todos estos casos se aplica el art. 127, y sin distincion; porque la comunidad se considerará disuelta el dia de la desaparicion ó de las ultimas noticias, época á la que se remonta para determinar cuales son los herederos que obtuvieron la toma de posesion. Siendo percibidos los frutos mientras se reputaba disuelta la comunidad, no puede tratarse de introducir en la comunidad la parte de los frutos que es aplicada al cónyuge, administrador legal.

En toda esta hipótesis, el cónyuge administrador no gana más que los frutos percibidos desde su administracion legal. Esta es la aplicacion de los principios generales. Los

poseedores provisionales no tienen ningun derecho sobre los frutos percibidos ántes del fallo que los pone en posecion. Ahora bien, el cónyuge administrador legal toma el lugar de los poseedores; no puede, en consecuencia, gozar de los frutos sino desde el momento en que comienza su administracion (1).

§ 3º Disolucion provisional de la comunidad.

215. El cónyuge presente puede tambien, con sujecion al art. 124, pedir la disolucion provisional de la comunidad; entonces cesará la interrupcion, y el cónyuge ejercitara todos sus derechos legales y convencionales. La razon de estos derechos es que puede tener interés en pedir la disolucion de la comunidad más bien que la continuacion. Los derechos *legales* son los que se derivan de la ley, bajo el sistema de la comunidad legal. Cada uno de los cónyuges vuelve á tomar sus propios muebles é inmuebles, el precio de los que han sido enajenados y del que no se ha hecho empleo, y las indemnizaciones ó recompensas que le debe la comunidad; cada uno de los cónyuges tiene, además, su parte en la comunidad, salvo el derecho que tiene la mujer de renunciar á ella (arts. 1470 y 1474). Los derechos convencionales se derivan del contrato de matrimonio; son la mejora (art. 1515), el mobiliario excluido de la comunidad (arts. 1500 y 1498), el mobiliario que la mujer hubiese estipulado volver á tomar en caso de renuncia (art. 1514), y las donaciones hechas por uno de los cónyuges al otro.

Por aplicacion del derecho comun, la ley permite al cónyuge presente, optar por la disolucion de la comunidad.

1 Véase, sobre la interpretacion del art. 127, á Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 319, y las notas de Valette. Marcadé, t. I, p. 308, núm. 6.

Todos los que tienen derechos subordinados á la defuncion del ausente pueden ejercitarlos despues de la declaracion de ausencia. El cónyuge presente debe tener igual derecho; la ley exige una condicion para el ejercicio de este derecho, la de que el cónyuge dé fianza por las cosas susceptibles de restitucion. Esta es una obligacion que la ley impone á todos los poseedores provisionales (arts. 120 y 123). Existe, empero, una diferencia considerable para la amplitud de la fianza entre el cónyuge y los demás que tengan derechos. Estos deben dar fianza por todos los bienes que administren, porque están en el caso de restituirlos todos; miéntras que el cónyuge sólo da fianza por las cosas susceptibles de restitucion, hay cosas, en efecto, que no debe restituir, y por las que consiguientemente no ha lugar á garantías. Se debe, á este respecto, distinguir entre la mujer y el marido.

Respecto de la mujer, no tiene interés la distincion; porque si regresa el ausente, debe aquella restituirlo todo al marido, hasta sus propios bienes, puesto que el marido tiene el goce de ellos. Con todo eso, en cuanto á sus bienes libres, hay que distinguir entre la propiedad y el usufructo. El marido no tiene derecho más que al goce; de consiguiente, sólo como usufructuario eventual es como tiene derecho á una garantía, y no como propietario; en consecuencia, se le exigirá fianza. Tambien puede acon-
tecer que el marido no tenga el goce de todos los bienes de la mujer; puede ésta reservarse ciertos bienes para sus necesidades personales. Eso es de derecho, bajo el sistema dotal, respecto de los parafernales. Es evidente que la mujer no debe caucion respecto de los bienes sobre los que el marido no tiene derecho alguno.

En cuanto al marido, no debe dar fianza por los bienes que toma en la particion de la comunidad. Efectivamente, si la mujer regresa, no habrá estado disuelta nunca la com-
unidad; el marido habrá sido siempre dueño y señor;

pudo disponer de ella, y si lo ha hecho, no debo restituir nada. Con más razon no debe dar fianza por los bienes libres que hubiere separado ántes de la particion; porque tiene igualmente la libre disposicion sobre ellos; de consiguiente, no está obligado á devolverlos. ¿Debe dar fianza por las ganancias de supervivencia? No; es verdad que para esto no hay derecho sino cuando muere la mujer; si regresare, no habrá comenzado su derecho, y los bienes permanecerán en la comunidad; pero por eso mismo no puede decirse que esté obligado á devolverlos; porque es dueño de esos bienes y dispone de ellos á su antojo. ¿Quiere decir que el marido nunca debe dar fianza? Si es donatario por institucion que se deriva de un contrato, debe ciertamente devolver esos bienes á la mujer cuando ésta regrese. Lo mismo sería si fuera legatario. ¿Deberá dar fianza por toda la propiedad? No; porque si regresa la mujer, no ha estado nunca disuelta la comunidad; en consecuencia, habrá tenido el derecho de gozar de esos bienes; de aquí que no deba dar fianza por el usufructo (1).

216. ¿Debe formar inventario el cónyuge que opte por la continuacion de la comunidad? Doctrinase generalmente la afirmativa (2); y en teoria esta opinion está por cierto fundada. ¿Por qué debe dar fianza el cónyuge? Porque tiene bienes que restituir, y por lo mismo que rendir cuentas; sentado esto, ¿no es el inventario la base de toda cuenta? ¿De qué serviría la fianza, si á falta de inventario, fuera imposible determinar el monto de la responsabilidad? Pero el intérprete no puede imponer una obligacion que la ley no impone. Ahora bien, el art. 126 sólo somete á formar inventario á los que obtienen la posesion provisional, así como al cónyuge que opta por la continuacion de la comu-

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 380 y siguientes, números 469-470.

2 Descolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 406, número 297.

nidad. ¿No es esto dispensar de esa obligación al cónyuge que opta por la disolución de la comunidad? La ley, preciso es confessarlo, no siempre es lógica en las medidas que prescribe en esta materia. Así, segun el texto del art. 124, el cónyuge que opte por la disolución de la comunidad debe dar fianza, mientras que no debe darla si solicita la continuación de la comunidad. ¿Cuál es la razón de la diferencia? Igualmente, el art. 126 obliga á formar inventario á todos los que administran provisionalmente el patrimonio del ausente, y no nombra al cónyuge que opta por la disolución de la comunidad. ¿Por qué tal diferencia? No hay más en un caso que en el otro. Es preciso que el intérprete acepte la ley con sus imperfecciones, no lo corresponde corregirla.

217. ¿Cuáles son los poderes del cónyuge que opta por la disolución provisional de la comunidad? ¿Es propietario? ¿Es administrador? El art. 124 contesta á nuestra pregunta. Obliga al cónyuge á dar fianza por las cosas susceptibles de restitución; el que debe restituir no es evidentemente propietario, no es más que administrador; esta es la razón de que la ley lo obligue á dar fianza. Pero también hay cosas que el cónyuge no debe restituir, y por las que en consecuencia no debe dar caución; en este caso ya no es administrador, sino propietario. Segun lo que acalamos de decir, la regla general es que el cónyuge debe restituir y que debe dar fianza; eso es invariable respecto de la mujer, que no tiene más que poderes de administración; en concepto nuestro, no puede disponer de los bienes, ni siquiera de los efectos muebles; la razón es obvia, está obligado á restituir, y cómo restituiría si enajenara? Pero como la mujer administra en virtud de la ley, debe decidirse, como ya lo hemos hecho en la hipótesis de que continúe la comunidad, que puede efectuar los actos de simple administración, sin ser autorizada judicialmente. En

cuanto al marido, que en principio, no debe restituir los bienes, no debe dar fianza. Es decir que es propietario y que puede efectuar actos de disposicion. En los casos en que, por excepcion, deba restituir los bienes de la mujer que toma como donatario ó legatario, es simple administrador, obligado, como tal, á dar fianza, y en consecuencia, no puede efectuar mas que actos de administracion; los actos de enajenacion que efectuara serian nulos (1).

218. El cónyuge que opte por la disolucion de la comunidad goza de los frutos, en la proporcion establecida en el art. 127. La ley llama *administracion legal* á la posesion del cónyuge que opte ya por la continuacion de la comunidad, ya por la disolucion provisional, y da al administrador legal el mismo goce que al heredero poseedor provisional. Solo hay esta diferencia: que la continuacion de la comunidad termina si la ausencia ha continuado durante treinta años desde que la época en que el cónyuge comun haya tomado la administracion de los bienes del ausente; entonces no procede la posesion definitiva en beneficio del cónyuge que continua la comunidad. Mientras que si opta por la disolucion provisional, está asimilado á todos los poseedores, y puede, en consecuencia, pedir la posesion definitiva.

Si há lugar á restitucion de los bienes ántes de la posesion definitiva, se aplica el art. 127, combinandolo, si procede, con los principios sobre la comunidad. Quiere decir que es necesario distinguir: si los frutos han sido percibidos mientras ha durado la comunidad, los adquiere el cónyuge, en verdad, conforme al art. 127, pero debe hacerlos ingresar en la comunidad en virtud del art. 1401. En cuanto á los frutos percibidos despues de que la comunidad estuviere disuelta, ó reputada tal, se aplica el art. 127, sin distincion alguna.

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 293-295, núm. 18.

SECCION IV.—De los hijos menores.

219. ¿Qué pasa con los hijos menores despues de la declaracion de ausencia? ¿Procede en todos casos la apertura de la tutela? Acerca de esta cuestion hay una grande incertidumbre en la doctrina. Se está de acuerdo en decir que el código civil no se ocupa de los hijos menores despues de la declaracion de ausencia; de donde se deduce que debe aplicarse el principio general que domina la declaracion de ausencia; la presuncion de muerte, que abre los derechos de los presuntos herederos, debe abrir igualmente la tutela. Se exceptúa, segun algunos autores, el caso en que el cónyuge presente opte por la continuacion de la comunidad (1).

El punto de partida que sirve de base á la opinion comun nos parece más que dudoso. ¿Es verdad que el código de Napoleon no se ocupa de la suerte de los hijos despues de la declaracion de ausencia? El capitulo IV y ultimo del titulo de la ausencia se intitula: *De la vigilancia de los menores cuyo padre haya desaparecido.* Estos términos son generales y abrazan el segundo periodo de la ausencia tanto como el primero. ¿No es con intencion como los autores del código han colocado al fin del título IV el capitulo que trata del cuidado de los hijos? ¿No tiene por objeto hacer notar claramente que las disposiciones de ese capitulo no se aplican sólo á la presuncion de ausencia? En los tres articulos del capitulo el legislador se sirve siempre de estas expresiones generales: *si el padre ha desaparecido, la desaparicion del padre, si uno de los cónyuges ha desaparecido:* ¿Por qué limitar estas expresiones á una hipótesis particular? Se aplican á la de-

1 Dalloz resume la doctrina general (*Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 569-571).

claracion de ausencia lo mismo que á la presuncion de ausencia. De consiguiente, debe decirse que la ley decide la cuestion que hemos establecido: los arts. 141, 142 y 143, conciernen al segundo periodo de la ausencia lo mismo que al primero. Veamos si las disposiciones resisten á la interpretacion que les daremos segun el lugar que ocupan y conforme al sentido natural de las expresiones empleadas en la ley.

220. El padre ha desaparecido; la madre está presente; ésta tendrá el cuidado de los hijos menores, dice el articulo 141, y ejercitara todos los derechos del marido en cuanto á su educacion y á la administracion de sus bienes. Esto no es la tutela, es el ejercicio de la patria potestad (1). Eso es incontestable durante la presuncion de ausencia. Se pretende que la declaracion de ausencia reemplaza la patria potestad con la tutela. No lo dice el art. 141. Se necesitaria, pues, que así resultase de los principios de la tutela combinados con los principios de la ausencia. ¿Cuándo procede la tutela? Cuando muere uno de los padres; durante la vida del padre y de la madre nunea hay tutela. En el presente caso, la madre está presente; el padre ha desaparecido y hay incertidumbre sobre su vida. ¿Basta esta incertidumbre para que se deba nombrar un tutor á sus hijos? Para eso se necesitaría un texto, y no lo hay. El art. 141 excluye, por el contrario, la tutela, puesto que conserva la patria potestad. Se invoca la presuncion de muerte que resulta, se dice, de la declaracion de ausencia. Nosotros constatamos que tiene tan poca presuncion de muerte, que la ley organiza la administracion de los bienes del ausente en su interés. Tan poco muerto lo presume, que permite al cónyuge presente continuar la sociedad de los bienes que ha contratado con el ausente; ¿se continua

una sociedad con una persona á quien se presume muerta? Se pretende que despues de la declaracion de ausencia la ley hace provisionalmente lo que haria en definitiva, si la muerte del ausente resultara cierta; de lo cual se deduce que debo organizarse provisionalmente la tutela de los hijos como si hubiera muerto el ausente. Contestamos á ese pretendido principio: el derecho que la ley concede al cónyuge presente, de continuar la comunidad y de impedir con ello la posesion de los herederos, basta para volver á la nada la presuncion de muerte y la teoria de una apertura provisional de la herencia. De aqui que permanezcamos bajo el imperio de los principios que rigen la tutela: no hay tutela miéntras no esté probada la defuncion de uno de los padres.

Se dice que si los presuntos herederos son puestos en posesion, hay necesidad de abrir la tutela, en interés de los hijos menores. ¿Por qué organiza la ley la tutela, aunque uno de los padres sobreviva y tenga el ejercicio de la patria potestad? Porque los hijos son herederos de sus padres muertos ántes; de ahí competencias de intereses entre ellos y el superviviente de los cónyuges, y tambien la necesidad de una nueva garantia para los menores, garantia que encuentra en la tutela. Ahora bien, cuando uno de los cónyuges ha desaparecido y su ausencia es declarada, los hijos son llamados provisionalmente á su sucesion; existe, pues, competencia de intereses entre ellos y el cónyuge presente, y en consecuencia, necesidad de organizar la tutela. Hay certeza en esta objecion, pero se dirige al legislador; el intérprete ni tiene que ver si la ley habria debido organizar la tutela, sino si la ha organizado. Por otra parte, se exagera la oposicion de intereses que puede haber entre los hijos y el cónyuge supérstite. No se tratá, ademas, siuo de una administracion provisional y no de una particion definitiva. Los intereses no están

arreglados definitivamente más que en el tercer período, y cuando los hijos sean mayores.

El cónyuge presente puede impedir la posesión provisional de los presuntos herederos optando por la continuación de la comunidad. En el caso del art. 141, los hijos son los presuntos herederos. La ley subordina, en consecuencia, su interés al del cónyuge presente. ¿Procede, en ese caso, la tutela? La mayor parte de los autores contestan negativamente. Esto es una inconsecuencia, dice M. Demolombe, y tiene razón. ¿No hay presunción de muerte por el solo hecho de ser declarada la ausencia? ¿No pueden tener bienes los hijos, y en ese caso no habría tal competencia de intereses que hace necesaria la tutela (1)? Es forzoso escoger, ó decidir que la tutela está abierta en todos casos, ó que no está abierta. A juicio nuestro, la declaración de ausencia y las medidas que la siguen, la posesión provisional ó la comunidad continuada no conciernen más que á la administración de los bienes del ausente; nada tienen de común con la tutela. La patria potestad, que reside en el cónyuge presente, basta para proteger los intereses de los menores.

221. El padre desaparece, y la madre había muerto á la hora de esta desaparición. En ese caso, la vigilancia de los hijos es conferida por el consejo de familia á los ascendientes más inmediatos, y en su defecto, á un tutor provisional (art. 142). De consiguiente la tutela se abre. Esta es, como ántes hemos dicho (núm. 148), la aplicación del derecho común. ¿Causará un cambio en este estado de cosas la declaración de ausencia? Nos parece evidente que no. Existe ya un tutor durante la presunción de ausencia, y este tutor continuará en sus funciones durante el segundo período. ¿Se dirá que el art. 142 no habla más que de un

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 456, número 335.

tutor provisional, y que despues de la declaracion de ausencia sera definitiva la tutela? Eso seria declarar falto de juicio al legislador. La tutela es y permanecerá *provisional*, puesto que de derecho el cónyuge ausente es el tutor, y como tal sera considerado mientras no se pruebe su muerte; el tutor nombrado por el consejo de familia, no puede ser, en consecuencia, mas que provisional.

Hé ahí, pues, una hipótesis en la cual la declaracion de ausencia no cambia en nada las medidas tomadas durante la presuncion de ausencia. El art. 142 prevé tambien otro caso: si la madre llegase á morir despues de la desaparicion del padre *y antes de que la ausencia haya sido declarada*. Estas últimas palabras, se dice, demuestran que despues de la declaracion de ausencia ha lugar á aplicar las leyes generales sobre la tutela. De donde se deduce que siempre y en toda hipótesis ha lugar á organizar la tutela cuando la ausencia es declarada. La conclusion no es lógica. En efecto, el art. 142 prevé únicamente el caso en que la madre fallezca durante el primer periodo; de consiguiente, no puede aplicarse lo que dice en el caso en que la madre viva todavía. No sólo es ilógico eso, sino contrario á los principios de derecho en materia de tutela. De que deba haber tutela cuando la madre fallece, ¿se deduce que tambien debe haberla cuando la madre vive? ¿Qué significan las palabras: «si la madre llegase á morir *antes de que la ausencia del padre haya sido declarada?*» El sentido es muy sencillo. Supóngase que la madre fallece seis meses despues de la desaparicion del padre. ¿Se organizará inmediatamente una tutela provisional ó se esperará á que haya declaracion de ausencia? Esta es la única dificultad que el art. 142 ha tenido que decidir; y la ha decidido en interés de los hijos. Aunque todas las probabilidades estén por la vida del ausente, aunque le corresponde la tutela, debe proveerse en seguida á la vigilancia de los

hijos, debe nombrarse un tutor que sustituya al padre. Será un tutor provisional, dice la ley. ¿Quiere decir que después de la declaración de ausencia se nombrará un nuevo tutor, que será definitivo? De antemano hemos contestado la pregunta. Todo es provisional durante el segundo período de la ausencia; el mismo código lo dice, puesto que organiza una posesión provisional. ¿Cómo podría ser definitiva la tutela, cuando el verdadero tutor, es decir, el cónyuge ausente, puede reaparecer de un día a otro?

Así, pues, en las dos hipótesis previstas en el art. 142, la declaración de ausencia en nada modifica las medidas tomadas durante el primer período. Lo mismo es en el caso del art. 143, si uno de los cónyuges desaparece dejando hijos nacidos de matrimonio precedente. La tutela se abre antes de la desaparición del ausente y continúa después de que el tutor hubiere desaparecido; pero como no puede ejercer sus funciones, la ley exige que se le sustituya con un tutor provisional, el cual permanecerá en ejercicio después de la declaración de ausencia, en tanto que el cónyuge presente no regresare.

En definitiva, el capítulo IV provee a todas las necesidades, si hay hijos menores. La declaración de ausencia deja subsistir las medidas que han sido tomadas durante la presunción de ausencia.
