

CAPITULO IV.

DE LA POSESION DEFINITIVA Y DEL FIN DE LA AUSENCIA.

SECCION I.—De la posesion definitiva.

§ 1º Cuándo procede.

222. La toma de posesion definitiva procede en dos casos: primero, si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesion provisional, ó desde la época en que el cónyuge comun haya tomado la administracion de los bienes del ausente; despues, si han traseurrido cien años desde el nacimiento del ausente (art. 129). ¿Cuál es el punto de partida de los treinta años, en la primera hipótesis? La ley lo dice: es la posesion provisional ó la administracion legal del cónyuge comun en bienes. A pesar de este texto expreso, la mayor parte de los autores doctrinan que el plazo corre desde la declaracion de ausencia. No es la posesion provisional, dicen, ó la administracion legal, la que hace nacer la presuncion ó cuando menos la probabilidad de muerte, sino la declaracion de ausencia pronunciada despues de las informaciones solemnes y de una publicidad que llegue á todas partes del mundo. ¿Qué importa entonces cuándo tenga lugar la posesion provisional? ¿que importa siquiera que tenga lugar? El fallo que decla-

ra la ausencia no subsiste ménos con todas sus consecuencias. Ahora bien, en la probabilidad creciente de la defuncion es en lo que está fundada la posesion definitiva. De aquí que el plazo de treinta años deba correr desde el dia en que esta probabilidad está legalmente establecida; de consiguiente, desde la declaracion de ausencia (1). Preferimos la opinion contraria profesada por M. Plasman (2). Se funda en una autoridad que debe respetar el intérprete, la autoridad de la ley. Cuando el texto es tan claro como puede serlo, ¿con qué derecho separarse de él? ¿Se prueba por ventura que el texto no responde á la intencion del legislador? No se cita una palabra que pueda hacer sospechar que el legislador no ha dicho lo que queria decir. Y, nótese bien, el art. 129 reproduce dos veces la misma decision: despues de haber dicho «si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesion provisional,» la ley repite «o desde la época en que el cónyuge comun haya tomado la administracion de los bienes del ausente». Con evidencia, si la mente del legislador era hacer correr el plazo desde la declaracion de ausencia, le habria sido mucho más sencillo decirlo, en vez de expresar dos veces lo contrario. Para eludir el texto del art. 129, Marcadé le opone el art. 127, segun el cual, *despues de treinta años de ausencia*, la totalidad de las rentas pertenece á todos los que han administrado los bienes (1). Pero para preaverse del art. 127 es necesario comenzar por probar que la palabra *ausencia* puesta en él significa *la declaracion de ausencia*; ahora bien, eso es más que dudos. Además, la hipótesis del art. 127 no es la del art. 129; el primero concierne á la cantidad de los frutos que la ley aplica á los

1 Esta es la opinion comun (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 432).

2 Plasman, *Código y Tratado de los ausentes*, t. I, p. 227.

3 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 320, núm. 4.

que administran los bienes; para regularla se tiene en cuenta el tiempo que ha transcurrido desde la desaparicion ó las ultimas noticias. En el art. 129 se trata de fijar el momento en que tendra lugar la posesion definitiva; aqui la ley no tiene en cuenta la epoca de la desaparicion ó de las ultimas noticias, sino la epoca en que ha comenzado la posesion provisional; los dos articulos preven hipotesis diferentes, el uno no puede anular al otro.

¿Es cierto que el texto del art. 129 esta en oposicion con el espiritu de la ley? El texto hace correr el plazo de treinta años desde la posesion provisional ó desde la administracion legal, lo que supone que existe un fallo que declara la ausencia. Si la posesion tiene lugar por el mismo fallo que declara la ausencia, ya no hay cuestion. Si la posesion tiene lugar por un fallo posterior, correrá el plazo desde ese segundo fallo; ¿hay en esto algo de absurdo que no pueda aceptar la razon? No, en verdad. Pero si despues del fallo que declara la ausencia no habia posesion, entonces, se dice, seria absurdo aplazar indefinidamente la posesion definitiva. Nosotros pensamos, por el contrario, que precisamente en esta hipotesis la ley se justifica plenamente. Los presuntos herederos son los que promueven la declaracion de ausencia con el objeto de obtener la posesion provisional. La ausencia es declarada, luego los herederos quedan en la inaccion. ¿Qué debe deducirse de esto? Que se han recibido noticias del ausente, que se han adquirido hechos que se ignoraban; en consecuencia, la posesion provisional sera aplazada. Nosotros preguntamos: ¿no es lógico, en ese caso, dejar correr el plazo de treinta años desde la posesion provisional, en vez de dejarlo correr desde la declaracion de ausencia?

223. ¿Quién puede pedir la posesion definitiva? Todos los que tengan derecho, dice el art. 129. ¿Quiénes son los que tienen derecho? Regularmente serán los que hayan ob-

tenido la posesion provisional. Es adrede como la ley se sirve de una expresion más general. En primer lugar puede suceder que no haya habido posesion provisional; cuando el cónyuge comun en bienes opte por la continuacion de la comunidad, los que tienen derechos subordinados á la condicion del fallecimiento del ausente, no pueden ejercitarios sino despues de treinta años, cuando há lugar á la posesion definitiva. Tambien puede suceder que los herederos más inmediatos no hayan solicitado la posesion provisional, no importa por qué razon; en ese caso podrán pedir la posesion definitiva. ¿Pues quiénes son los *que tienen el derecho* de que habla el art. 129? Son los presuntos herederos. ¿Y á que época es preciso remontarse para determinar quiénes son estos herederos? No hay otra que la de la desaparicion ó de las últimas noticias. El art. 120 lo dice, y sirve para interpretar el art. 129. Se podria fijar otra época, si se tuviera la prueba de la defuncion del ausente. Pero entonces no seria ya cuestion de posesion; habria lugar á partir la herencia (1).

224. ¿Quién declara la posesion definitiva? El tribunal de primera instancia, dice el art. 129. Cuando procede declarar la posesion provisional, la ley prescribe informes y ordena la publicidad de las sentencias preparatorias y definitivas. El art. 129 nada prescribe cuando los interesados solicitan la posesion definitiva. Sin duda porque estando todas las probabilidades por la defuncion del ausente, serian inútiles los gastos que se impendieran. ¿Quiero decir que el tribunal no tiene el derecho de levantar una informacion? Todo lo que puedo deducirse del silencio de la ley es que no está obligado á ello; pero en materia de ausencia, el juez es el protector nato del ausente. Puede, en consecuencia, si lo estima útil, proceder á una averiguacion.

1 Merlin, *Cuestiones de derecho, en la palabra Ausente*, § 3]

Bigot Préameneu supone tambien que esa será la marcha regular. «El tribunal, dice este autor, comprobará, en la forma ordinaria, que será la de una averiguacion con audiencia del comisario del gobierno, que desde la primera toma de posesion, ha continuado la ausencia sin recibirse noticias del ausente (1).

§ 2º Efectos de la posesion definitiva.

225. Dice un autor francés que es muy dificil definir el derecho de los poseedores definitivos, derecho en que se amalgaman diferentes condiciones, propiedad bajo muchos aspectos y mandato en ciertas relaciones (2). No vemos en dónde está esa dificultad. Bigot Préameneu ha explicado perfectamente el objeto de la posesion definitiva y los derechos que resultan de ella para los poseedores. Es necesario, dice, que cese el estado precario en que están los herederos durante el segundo periodo de la ausencia; cuando han transcurrido treinta y cinco años por lo menos desde la desaparicion, los herederos tienen el derecho de solicitar que su suerte sea al fin fijada. ¿En qué sentido fija su suerte la posesion definitiva? El orador del gobierno contesta que no serán ya simples depositarios de los bienes, que la propiedad descansará sobre ellos, y que podrán enajenarlos. ¿Es decir, que son propietarios irrevocables? No; si regresare el ausente terminaría en el acto el derecho de los herederos poseedores. Con respecto al ausente, los herederos no pueden ser propietarios, porque no hay herencia de una persona viva. No siendo propietarios, no son en realidad más que mandatarios y administradores. Esa es su doble calidad. ¿Por qué esta posi-

1 Exposicion de los motivos (Loëre t. II, p. 258, núm. 29.)

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 154, número 154.

ción que parece contradictoria? ¿por qué son juntamente propietarios y administradores? Bigot-Préameneu nos lo dice. El interés público exige que los bienes del ausente vuelvan á entrar en el comercio. De consiguiente, es preciso que los poseedores tengan el derecho de enajenarlos, y si el ausente reapareciere, deberá respetar todos los actos ejecutados por los herederos.

Tal es la teoría de la posesión definitiva. Al presente, comprendemos por qué la ley le da ese nombre. Es definitiva en lo concerniente á las relaciones de los poseedores con los terceros; todos los actos ejecutados por los herederos son válidos y permanecen como tales, aun cuando reapareciera el ausente; son definitivos. Pero la posesión no es definitiva respecto del ausente, ni podría serlo. El proyecto de código declaraba á los poseedores propietarios incommutables, aun respecto del ausente. Esto era una verdadera herejía jurídica, porque equivalía á decir que hay herederos de una persona viva, dando la preferencia á los herederos en frente de aquel cuyo derecho tienen. La teoría del código, aunque contradictoria en apariencia, es muy lógica; es el principio de la propiedad revocable, pero revocable sin retroactividad. El interés público exige que los poseedores sean propietarios respecto de los terceros; el derecho del ausente no permite que lo sean en lo que á él se refiere. En consecuencia, son propietarios en tanto que el ausente no reaparezca; desde el momento en que vuelva, es revocado su derecho, pero sólo para lo venidero.

226. El art. 129 dice que los que tienen derecho podrán solicitar la partición de los bienes del ausente. Esta disposición establece una diferencia radical entre la posesión definitiva y la posesión provisional. Los poseedores provisionales no son más que administradores; como tales, bien pueden repartirse la administración; pero no se concibe que se repartan la propiedad ni aun el goce de los bienes del

ausente (1). Sólo cuando ha lugar á la posesion provisional es cuando está fijada su suerte, como dice Bigot-Préame neu. De consiguiente, en esta época es cuando pueden pedir la particion. La posesion definitiva no es otra cosa que una particion.

Puesto que los herederos se reparten los bienes del ausente, es necesario deducir que la masa divisible debe ser formada segun los principios generales sobre las herencias. De consiguiente, si uno de ellos ha recibido liberalidades sin cláusula de donacion expresa, debe restituirlas. Y si el difunto habia dado ó legado bienes, excediéndose de la porcion disponible, los herederos reservativos tendrán el derecho de pedir la reduccion. En vano se objetaria que son poseedores de los bienes del ausente, y que los bienes dados intervivos han salido desinitivamente de su patrimonio. Se contesta, y la respuesta es concluyente, que la posesion definitiva no es más que una simple posesion, puesto que la ley autoriza á los herederos á dividir los bienes; ahora bien, ántes de que se puedan dividir debe formarse la masa divisible, lo que necesita el reintegro y la reduccion. El sistema contrario conduciria á este absurdo: que nunca habria lugar á reduccion de las liberalidades excesivas, á no ser que por casualidad pudiera probarse el dia de la defuncion del ausente.

Los herederos, al repartirse los bienes, se reparten asimismo las deudas; están obligadas á pagarlos como herederos universales. ¿Pero están obligados *ultra vires*? No creemos que se pueda extender hasta eso la asimilacion de la posesion definitiva y de la apertura de la herencia. La sucesion no está realmente abierta; no lo está más que con la prueba de defuncion del ausente. Esta es la disposicion expresa del art. 130. No ha lugar, pues, á aplicar el princi-

1 Véanse las páginas anteriores, núms. 195 y siguientes. Consultese á Dalloz, *Reptorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 444.

pio de la ocupacion de la herencia. Lo que lo demuestra es que los herederos deben hacerse poner en posesion por el tribunal. En consecuencia, la ley no los considera como dueños de la cosa; ahora bien, la obligacion de pagar las deudas *ultra vires* es una consecuencia de la ccupacion de la herencia. Puesto que los herederos no son dueños, no continua la persona del ausente; simples sucesores de los bienes, no estan obligados á las deudas sino hasta la concurrencia del valor de los bienes que recogen. La ley no prescribo comprobar los bienes con un inventario, porque supone que las deudas habrán sido liquidadas y pagadas durante los treinta años de la posesion provisional.

227. Los poseedores definitivos pueden disponer de los bienes del ausente á titulo oneroso. La ley no lo dice de una manera expresa; sin embargo, no cabe duda alguna. Así resulta desde luego del art. 128, segun el cual los que únicamente posean á título de posesion provisional, no podrán enajenar ni hipotecar los inmuebles del ausente. Sigue inmediatamente la disposicion quo permite á los que tienen derecho á solicitar la particion de los bienes, en el tercer periodo de la ausencia. Esta particion estriba sobre la propiedad; así, pues, los herederos entrados en posesion definitiva se convierten en propietarios, y por ende, á diferencia de los poseedores provisionales, pueden enajenar ó hipotecar. El art. 132 lo dice implicitamente. Si regresa el ausente y los bienes han sido enajenados, ¿qué sucederá con las enajenaciones? El ausente recobra el precio de los bienes vendidos; las enajenaciones subsisten, pues, porque tocante á terceros, los herederos han sido propietarios y han tenido el derecho de enajenar. En este sentido es en el que la ley dice que el ausente recobra sus bienes en el estado en que se encuentren.

Sobre esto punto no hay duda alguna. ¿Pero tienen tambien el derecho de hacer donaciones los poseedores?

Los arts. 128 y 132 suponen actos á título oneroso; esto es claro en el art. 128, puesto que los poseedores provisionales no son más que administradores, y un administrador no puede disponer nunca á título gratuito; el art. 132 da al ausente un derecho al precio de los bienes enajenados, lo que implica una venta. ¿Debe deducirse de esto que los poseedores definitivos no pueden donar los bienes del ausente? Todos los autores doctrinan que pueden hacerlo. ¿Cuál es, en efecto, el principio de la ley en cuanto al derecho de los poseedores? Son propietarios respecto de terceros. Ahora bien, uno de los atributos del derecho de propiedad, es el derecho de disponer á título gratuito y á título oneroso. Siendo propietarios los poseedores, gozan del derecho de disponer. Se necesitaría una ley que les quitara el derecho de dar para que estuvieran privados de una facultad que es inherente á la propiedad; pues bien, esta ley no existe; los arts. 128 y 132 suponen actos á título oneroso, pero no contienen ninguna prohibición de disponer á título gratuito. Aún puede invocarse el art. 132 en favor de la opinión general. Antes de hablar del precio de los bienes enajenados, la ley dice que el ausente recobra sus bienes en el estado en que se encuentren; el ausente no readquiere, en consecuencia, más que los bienes que se encuentren todavía en poder de los poseedores; de consiguiente, si han dispuesto de ellos, el ausente no puede reclamarlos; poco importa á qué título haya sido hecha la enajenación, la ley no distingue. Eso es decisivo (1).

228. ¿Cuál es la posición de los poseedores definitivos con relación al ausente? No son propietarios; acabamos de decir que la doctrina contraria, admitida en el proyecto de código, era una herejía jurídica. ¿Deberá deducirse entonces que no son más que simples administradores? Lo son

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 407, núm. 505.

efectivamente, pero con derechos más amplios. En primer lugar, ganan todos los frutos. Ya durante el segundo periodo, los que obtienen la posesion provisional tienen derecho á la totalidad de los frutos cuando han transcurrido treinta años desde la desaparicion del ausente; con mayor razon deben gozar de todos los frutos los que tienen derecho, cuando la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesion provisional. ¿No son propietarios? Con este titulo les deben pertenecer los frutos. Su poder de administracion es tambien más amplio que el de los administradores ordinarios, y por igual razon. Administran como propietarios, pueden, en consecuencia, celebrar arrendamientos que excedan de nueve años. Además, no son responsables de su administracion, porque manejan más bien por si que por el ausente; por lo mismo pueden usar y abusar; en ese sentido tambien es preciso decir, con el art. 132, que si regresa el ausente recobra sus bienes en el estado en que los encuentra. Por ultimo, ya no hay ninguna garantia prescrita por la ley en interes del ausente, ni inventario, ni fianza.

229. El art. 129 dice que se levantarán las fianzas. ¿Se levantan de pleno derecho, ó únicamente por el efecto del fallo que declara la posesion definitiva? Tambien esta es una de esas cuestiones que sorprende ver debatidas, porque las decide el texto del código. El art. 129 es terminante. Dice así: «Si la ausencia ha continuado durante treinta años despues de la posesion provisional, se levantarán las fianzas.» La ley es, pues, la que las levanta. Despues de esto, el artículo agrega que los que tienen derecho podrán solicitar la particion de los bienes del ausente, es decir, hacer declarar la posesion definitiva. El descargo de las fianzas tiene lugar, pues, ántes de que la posesion sea declarada. Habria sido más lógico no levantar las fianzas sino despues de la posesion definitiva y en vir-

tud del fallo que la declara. Porque hasta entonces continua la posesion provisional, y en tanto que esta exista debe haber fianza. Pero hay una consideracion superior á la lógica, y es la equidad: el código la prefiere al rigor del derecho. Es necesario que la obligacion de las fianzas no dependa de la negligencia de los poseedores. Puede suceder que éstos no soliciten la posesion definitiva para no sufragar los gastos de un juicio que ellos reportarian, puesto que es más que probable que el ausente no regrese. ¿Resultará de esto que las fianzas serán mantenidas indefinidamente? En verdad, eso sería contrario á la justicia. De consiguiente, el legislador ha hecho bien en levantarlas, no desde que se pronuncia la sentencia, sino desde el momento en que tiene lugar la posesion definitiva (1).

230. ¿Se levantan las fianzas hasta por el pasado? Esa es la opinion comun (2); nos parece más que dudosa. Es cierto que la ley dice de una manera absoluta: «*Las fianzas serán levantadas.*» Pero eso significa que en el tercer periodo de la ausencia, ya no hay fianza; lo cual no quiere decir que los fiadores queden eximidos de la responsabilidad en que hayan podido incurrir durante la posesion provisional. Se pretende que pueden invocar la prescripcion, porque su obligacion nace en el momento en que se declara la posesion provisional; treinta años despues son levantadas, porque ha prescrito la accion de los terceros. Esto es contrario á los principios que rigen la prescripcion. ¿Cuando comienza á correr la accion del ausente contra los fiadores? ¿Desde el momento de la posesion provisional? No hay accion contra los fiadores si no es cuando los poseedores han causado por su falta un perjuicio al ausente; sólo

1 Esta es la opinion generalmente seguida (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, num. 160).

2 Esta es la opinion general (Duranton, t. I, p. 405, num. 502; Demolombe, t. II, p. 181, num. 161).

desde ese momento nace la accion contra los poseedores y contra los fiadores. Por lo mismo, es posible que la accion nazca únicamente durante el trigésimo año de la posesion provisional. En la opinion comun, se prescribiria en el momento mismo en que nace. Esto es inadmisible (1).

Hay un autor que va más lejos. Marcadé dice que despues de la posesion definitiva, la administracion de los poseedores, durante la posesion provisional, no puede ser reprobada. «Esto debe ser así, dice, puesto que á contar de ese momento desean poder vender, donar, disipar, como mejor les parezca, todos los bienes del ausente.» Es seguro que despues de la posesion definitiva los poseedores son considerados como propietarios con relacion á los terceros, y aunque no lo sean respecto del ausente, no puede ser reprobada su administracion. La ley lo dice: «Si regresa el ausente, recobra sus bienes en el estado en que se encuentren.» ¿Pero de que sean propietarios y administradores irresponsables despues de la posesion definitiva, se sigue que durante los treinta años de la posesion provisional no hayan sido depositarios y administradores responsables? Si por su mala administracion han incurrido en la responsabilidad que pesa sobre ellos, el ausente tendrá una accion; ¿podrá ser ejercitada ésta despues de la posesion definitiva? En vano buscamos un motivo juridico que impidiera al ausente proceder tanto tiempo como su accion no haya prescrito.

234. ¿Cuáles son las obligaciones de los poseedores con relacion al ausente, si éste regresa despues de la posesion definitiva? Esto es lo que vamos á ver al tratar del fin de la ausencia.

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 319, núm. 2 del art. 129.

SECCION II.—Fin de la ausencia.

§ 1º Regreso del ausente.

232. Ya hemos dicho que en los dos primeros períodos de la ausencia, cesan los efectos de ésta desde el momento en que el ausente regresa ó se prueba su existencia. La ley lo dice respecto de la posesión provisional (art. 131), é inmediatamente agrega: «Si el ausente regresa ó se prueba su existencia aun después de la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren, el precio de los que se hubieren vendido, ó los nuevos bienes que procedan del empleo que se hubiese hecho del importe de los bienes vendidos (art. 132).» Hay una gran diferencia entre las dos hipótesis. Si el ausente regresa durante la posesión provisional, recobra sus bienes tales como los poseedores los recibieron; si éstos los hubiesen enajenado, podría reclamarlos el ausente contra los terceros que los hubiesen adquirido, salvo la aplicación del art. 2279, y tendría contra los que los enajenaron la acción que nace de su responsabilidad. En tanto que si regresa después de la posesión definitiva, debe tomar sus bienes en el estado en que se encuentren. Vamos a ver cuál es el principio que rigen las relaciones entre el ausente y los poseedores definitivos. Hacemos constar de antemano que el ausente, cualquiera que sea la época en que regrese, puede ejercitarse los derechos que le reconoce el art. 129. Ninguna prescripción puede oponérsele. ¿Qué son, en efecto, los poseedores, aun definitivos, con relación al ausente, si éste regresa? Administradores, en consecuencia, detentadores usufructuarios; ahora bien, los que poseen en nombre de otro «no prescriben nunca, ni en ningún espacio de tiempo (art. 2236).» En vano se diría que son propietarios respecto de terceros; tienen una doble calidad; respecto del

ausente, no pueden invocar su calidad de propietarios, puesto que descansa en su título de herederos; ahora bien, no hay heredero de una persona viva (1).

Notemos tambien que si da el ausente noticia de su persona durante la posesion definitiva, pero sin regresar, cesaran verdaderamente los efectos de la posesion; con todo eso, si el ausente no nombra mandatario, habrá lugar á aplicar, por analogia, lo que el art. 131 dice de la posesion provisional, es decir, que el tribunal prescribirá las medidas necesarias para la administracion de los bienes del ausente.

233. Los poseedores definitivos son propietarios con relacion á terceros, y respecto del ausente administradores irresponsables. De ahí el principio formulado por Proudhon y admitido por todos los autores: «El heredero poseedor definitivo, no debe, en el momento en que le sea prescrita la restitucion, estar sometido á ninguna perdida ni á conservar beneficio alguno que provenga de los fondos del ausente (2).» Está obligado á ello tanto como se ha enriquecido. Este principio está fundado en razon. El heredero poseedor definitivo, despues de treinta y cinco ó cuarenta y un años de ausencia, ó cuando hayan transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente, debe creerse heredero definitivo, y por lo mismo, propietario; no puede ya esperarse el regreso del ausente. En consecuencia, maneja los bienes de éste como los suyos propios; mejor dicho, están confundidos los dos patrimonios para no formar más que uno solo. Si el heredero maneja mal, está en su derecho, puesto que puede usar y abusar; es su propiedad la que descuida, como dicen las leyes romanas al hablar del heredero apparente (3). Si pues se es-

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 411, núm. 510.

2 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 329.

3 L. 20, § 6; L. 25; § 11; L. 31, § 3, D., de *heredit. petitione*,
(V 3)

tima que debe restituir los bienes del ausente, es justo que haga esta restitucion dentro de los límites de aquello con lo cual se ha hecho rico; no puede retener nada de lo que no le pertenece, pero seria injusto que estuviera obligado á restituir mucho más; porque entonces perderia, resultando esta perdida de haber usado de su derecho, sin que haya falta alguna que señalarle. Si el ausente sufre perjuicio es por su descuido: ¿se permanece ausente más de treinta y cinco años, más de cuarenta y uno, sin atender los intereses, cuando se dejan bienes en peligro?

234. Para la aplicacion del principio es necesario ver de antemano si los bienes del ausente están todavía en poder de los poseedores. En este caso los recobra, dice el art. 132, en el estado en que se encuentren. Si los poseedores han concedido derechos reales sobre los inmuebles, subsistirán estos derechos; el ausente debe respetar esos actos, porque los poseedores tenian el derecho de efectuarlos. Su propiedad es, *en* verdad, revocada; pero el texto del art. 132 prueba que no lo es retroactivamente. Están considerados como si hubieran sido propietarios hasta el momento en que termina la ausencia, y ésta termina el dia en que regresa el ausente ó el en que se prueba su existencia. Los actos que han llevado á cabo hasta entonces, son válidos; los que ejecuten despues, serán nulos. En cuanto á su manejo como administradores, está al abrigo de toda censura, siempre en virtud de la ley, que dice que el ausente vuelve á tomar sus bienes en el estado en que se encuentren. En este punto, los poseedores no son tratados como administradores; se reputa que han procedido como propietarios, y con este titulo tienen el derecho de abusar. Eso supone que son de buena fé, porque en su buena fé descansa el principio que establece el art. 132. Si tenian conocimiento de la vida del ausente, dejarían de ser propietarios, para no ser más que simples depositarios.

235. Si han sido enajenados los bienes, el ausente tiene derecho al precio. La ley no exige que el precio sea tambien debido, como lo hace respecto del ascendiente donador que readquiere los bienes donados en la sucesion del donatario. Es cierto que desde el momento en que el precio ha sido pagado, ya no hay precio, quedando confundida la suma pagada al vendedor con el resto de su patrimonio. En el art. 132 es necesario dar á la palabra *precio* un sentido más lato. Se trata de determinar á qué tiene derecho el ausente, si sus bienes han sido enajenados. ¿Al valor? ¿al precio recibido por los poseedores? La ley decide que al precio. Esta es una aplicacion del principio general. Los poseedores estan obligados en tanto que han aumentado su caudal; ¿y con qué lo han aumentado, en caso de venta? Con el precio y no con el valor. El precio es, pues, el que deben restituir al ausente.

¿Deben siempre restituir los poseedores el precio que han recibido? ¿Deben restituirlo aun cuando lo hayan disipado? La cuestion está debatida. A primera vista podria creerse que el texto decide la cuestion contra los poseedores: el ausente, dice el art. 132, recobra el precio de los bienes que hayan sido enajenados; de consiguiente, el derecho al precio ó á la suma pagada (1). Esta interpretacion estaria en pugna con el principio que establece el articulo 132. Los poseedores definitivos, no estan obligados mas que en tanto que han aumentado sus bienes; en este sentido es en el que la ley dice que deben el precio, porque, en general, se enriquecen con el precio, al entrar en su dominio la suma satisfecha. Pero si de hecho no se han aprovechado de ella, si la han invertido en empresas de simple recreo, ¿deberán, no obstante, restituirla? No, porque han tenido el derecho de disiparla, lo han te-

1 Esta es la opinion de Vallette sobre Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 329, nota.

nido de emplearla en gastos supérfluos; y al hacer uso de su derecho, no pueden incurrir en responsabilidad; el que usa de su derecho, á nadie perjudica. Por el contrario, el ausente los perjudicaria si pudiese reclamar el precio de que se hubieran aprovechado los poseedores. Esto seria una derogacion al principio establecido por la ley, y una derogacion contraria á la equidad. La negligencia del ausente debe perjudicarle á si mismo y no á los poseedores (1).

Queda todavia una dificultad. El precio ha sido empleado en empresas, en parte útiles, y en parte de simple recreo; los herederos no han aumentado su caudal, pues, más que con una parte del precio. ¿Toca al ausente probar con qué lo han aumentado? Podria creerse así, puesto que es demandante. Pero ¿no es este el caso de aplicar el texto del art. 132? La ley le da un derecho al precio, si sus bienes han sido enajenados. Todo lo que tiene, pues, que probar es que ha habido venta y cuál es el precio. Si los poseedores pretenden que no deben restituir todo el precio, porque no han aumentado con él su capital, corresponde á ellos probar este hecho, porque oponen una excepcion al ausente y se convierten en demandantes en cuanto á esta excepcion. Esta decision tambien está fundada en la equidad. Regularmente el precio aprovecha al vendedor, porque en su provecho es como vende. De aqui que el ausente deba tener el derecho de reclamar el precio de sus bienes que han sido enajenados, salvo que los poseedores asienten que no se han aprovechado de todo el precio. En verdad sólo ellos se hallan en estado de rendir esta prueba; es justo, por lo mismo, que la ley se las impouga (2).

236. El art. 132 añade: «O los bienes que procedan del

1 Esta es la opinion comun (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 594 y 596).

2 Consultese á Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 185 y siguientes, núm. 171.

empleo que se hubiese hecho del precio de sus bienes vendidos.» Esta disposicion ha dado margen á diversas interpretaciones (1). Unos ven en esto una alternativa á eleccion de los poseedores; éstos tendrian, de consiguiente, el derecho de restituir, ya el precio, ya los bienes que hubieren adquirido con el precio. Debe rechazarse esta opinion, porque conduciria á consecuencias que están en pugna con el principio establecido por la ley. Si los bienes valian más que el precio, los poseedores restituirian este, y aumentarian su capital, en consecuencia, á costa del ausente; ahora bien, si no deben perder, tampoco deben lucrar. Otros autores distinguen. Si ha sido hecha por los poseedores una declaracion de empleo, el ausente tiene derecho á los bienes adquiridos en nuevo empleo, y tambien debe tomarlos. Nos parece que esta opinion se coloca fuera del texto de la ley y fuera de la realidad de las cosas. El texto no habla de *nuevo empleo* ni de *declaracion* de nuevo empleo, y eso por una razon excelente. ¿Cómo se quiere que los poseedores piensen en hacer declaraciones de nuevo empleo? Esto se comprende bajo el sistema de la comunidad legal, cuando un cónyuge vende un inmueble que le es propio, y que despues el marido compra otro con el producto de la venta; porque en ese caso debe hacerse necesariamente la restitucion del precio, y el cónyuge que ha vendido puede preferir que se haga nuevo empleo del precio. ¿Pero cómo se quiere que despues de cuarenta ó cincuenta años de ausencia los poseedores piensen todavía en la obligacion en que estarian de restituir el precio si regresara el ausente? Dejemos ahí todas esas hipótesis, y atengámonos al texto y al espíritu de la ley. Cuando ha habido empleo del precio, dice el art. 132, el ausente recobra los

1 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. II, ps. 191 y siguientes, núm. 174.

bienes que procedan del empleo. ¿Por qué los bienes y no el precio? Porque el principio es que los poseedores restituyen en tanto que han aumentado su capital. ¿Y con qué lo aumentaron cuando hicieron empleo del precio? Con los bienes que han comprado. De consiguiente, estos bienes son los que puede reclamar el ausente, en toda hipótesis, sin distinción alguna.

237. ¿Qué debe decidirse si los poseedores han dispuesto de los bienes á título gratuito? ¿Están obligados á restitución? Según el texto y el espíritu de la ley, debe contestarse negativamente. Ya no hay precio; en consecuencia, ya no hay empleo; permanecemos consiguientemente bajo el imperio de la disposición general que exige que el ausente recobre sus bienes en el estadio en que se hallen. Los poseedores no han aumentado su capital al donarlos; de consiguiente, á nada están obligados. Admitese, empero, una excepción á esta decisión, cuando los bienes han sido dados en dote. Esta excepción se funda en la obligación natural impuesta al padre de dotar á sus hijos. No es suficiente este motivo. El padre no puede estar obligado á dotar á sus hijos (art. 204); al dotarlos no satisface, pues, una deuda: por tanto, no medra en ese sentido. Con todo eso, la opinión general se justifica con el principio que sigue el código en esta materia. Los poseedores están obligados en tanto que medran. Medran de hecho, cuando para dotar á un hijo, le dan bienes del ausente, en vez de los suyos propios; porque ahorran su patrimonio y lo conservan. Eso supone que habrían dado y donado el mismo dote, aunque no hubiesen disfrutado de los bienes del ausente. Pueden sostener, y con razón, que creyéndose propietarios del patrimonio del ausente, y por cierto, ricos, han dado un dote que no habrían dado, ó lo habrían dado menor, si no se hubiesen creído propietarios. A ellos corresponde probar estas alegaciones; si rinden la prueba, no

deberán restituir más que dentro del límite en que hayan medrado, economizando su propio patrimonio (1).

§ 2º Derechos de los hijos del ausente.

238. Es raro que el ausente regrese después de la posesión definitiva. Un caso, que no será tan raro, dice Bigot-Préameneu, es aquel en que el ausente tiene una posteridad cuya existencia no hubiere sido conocida durante los treinta y cinco años que, cuando menos, deben trascurrir antes de que los otros presuntos herederos hayan sido definitivamente puestos en posesión. Ausentes también los hijos ó descendientes del ausente, llegan á la patria de su padre y encuentran parientes colaterales en posesión de los bienes que aquel ha dejado. ¿Cuál es su derecho? El art. 133 contesta que podrán pedir la restitución de sus bienes dentro de treinta años contados desde la posesión definitiva. Se supone que ya no vive el ausente, ó cuando menos se ignora si vive todavía; porque si viviese, recobraría sus bienes, como expresa el art. 132. Se supone también que no se tiene la prueba de la defunción del ausente; si éste ha muerto, sus hijos son sus más próximos herederos, suceden á su padre y proceden contra los poseedores en virtud del art. 130. El art. 133 no prevé ninguna de estas hipótesis; los descendientes del ausente no invocan otro título que su descendencia; basta esto para que sean preferidos á los colaterales. Así es como explica la ley el orador del gobierno (2). Resulta de ahí que la única prueba que tienen que rendir es la de su filiación; esta calidad es la que les da un título preferente para obtener la posesión de los bienes de su padre.

1 Esta es la opinión de Duranton, t. I, p. 408, núm. 506, seguida por todos los autores.

2 Exposición de los motivos, núm. 30 (Loqué, t. II, p. 259).

La accion de los descendientes tiende, pues, á obtener la posesion de los bienes; son poseedores privilegiados. ¿En qué consiste ese privilegio? ¿No tienen derecho á la posesion conforme á los principios del derecho comun? Es cierto que los parientes más próximos del ausente, el dia de la desaparicion de éste, deben obtener de preferencia la posesion definitiva, y los descendientes son los herederos más próximos. Pero, segun el derecho comun, deberian promover dentro de los treinta años, á contar de la posesion provisional, miéntras que el art. 133 les permite promover dentro de los treinta años contados desde la posesion definitiva.

Si los descendientes son privilegiados cuando se les compara con los colaterales, no sucede lo mismo cuando se les compara con su padre. El derecho del ausente es imprescriptible, miéntras que el de sus descendientes prescribe á los treinta años. ¿Cuál es la razon de esta diferencia? El orador del gobierno la ha explicado en la exposicion de los motivos. A partir de la posesion definitiva, los colaterales poseen como propietarios, mejor dicho, son propietarios; si además de esto poseen durante treinta años, el mayor tiempo requerido para la prescripcion, deben tener el derecho de oponerse hasta a los descendientes. Esto supuesto, ya no hay razon para que sea imprescriptible la accion de los descendientes (1). No sucede así respecto del ausente. Si regresa, cualquiera que sea la época, se desvanecen los derechos de sus presuntos herederos, que no son ya más que detentadores precarios, y por tanto no pueden invocar prescripcion alguna. En cuanto á los descendientes del ausente, no son detentadores precarios; de aqui que puedan prescribir (2).

2 Loqué, *Legislacion civil*, t. II, p. 259, num. 31.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 331 y siguientes, num. 2 del art. 133.

239. ¿Cuál es la amplitud de los derechos ejercitados por los descendientes del ausente? El art. 133 contesta la cuestión: «Piden la restitución de sus bienes, *como se dice en el artículo precedente.*» Quiere decir que recobran los bienes de su padre en el estado en que se hallen: se aplica á los hijos lo que ántes hemos dicho del ausente que regresa. No puede ser cuestión de restituir los frutos, puesto que los poseedores definitivos ganan todos los frutos que perciben.

§ 3º Derechos de los parientes colaterales.

240. Supóngase que hay parientes más cercanos que los que obtuvieron la posesión definitiva. ¿Tienen también acción contra los poseedores? Verdad es que no tienen la acción privilegiada que la ley concede á los descendientes del ausente. Por lo mismo que el art. 133 sanciona un privilegio, debe limitarse á aquellos en cuyo beneficio lo establece la ley. Es decir que los demás parientes permanecen en el derecho común. Pueden invocar el art. 130 de que acabamos de hablar, si se presentan como herederos. ¿Pero pueden también pedir la posesión, de preferencia á los que la han obtenido, probando que son presuntos herederos, el dia de la desaparición del ausente? Es cierto que pueden promover durante el segundo período; su derecho resulta del art. 120, que llama á la posesión de los bienes del ausente á sus herederos más próximos el dia de su desaparición ó el de sus últimas noticias. ¿Pero tienen también ese derecho después de la posesión definitiva? En general, no; porque regularmente habrá prescrito su derecho. Comienza con la posesión provisional; como todo derecho, debe ser ejercitado dentro de los treinta años. Ahora bien, la posesión definitiva se declara cuando la ausencia ha continuado durante treinta

años despues de la posesion provisional. De consiguiente, despues de la posesion definitiva, prescribirá el derecho de los parientes. Podria objetarse que, no siendo más que depositarios los poseedores provisionales, no tienen calidad para prescribir. A eso contestan los autores, que son detentadores precarios con relacion al ausente, pero que respecto de terceros poseen como propietarios. Nosotros no admitimos esta doctrina; con todo eso sostenemos la opinion general en lo que concierne á la prescripcion. Los colaterales que solicitan la posesion de preferencia á los poseedores, no obran como propietarios, no reclaman; no proceden sino como herederos, en el sentido de que no intentan la accion solicitando la herencia; se presentan como los parientes más próximos, y bajo ese título reclaman la posesion (1). Los que han obtenido la posesion no invocan un derecho de propiedad, ni una posesion á titulo de propietarios; invocan el principio general de la prescripcion, rechazan á los demandantes porque no han procedido dentro de los treinta años á contar de la posesion provisional.

Puede suceder, sin embargo, que no prescriba la accion de los parientes más próximos. La posesion es declarada cuando han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente(art. 129), aun cuando no haya durado treinta años la posesion provisional. En ese caso, los presuntos herederos el dia de la desaparicion del ausente, pueden promover, si estan todavía dentro de los treinta años. Poco importa que haya sido declarada la posesion definitiva; esta posesion no da ningun titulo á los parientes que la han obtenido, los llama á la posesion como presuntos herederos; si no son presuntos herederos, deben ceder la posesion á

1 Merlin dice que su accion es una accion en solicitud de herencia (*Repertorio*, en la palabra *Ausente*, art. 120, núm. 4, t. I, p. 57).

los que son los verdaderos herederos, con tal de que no haya prescrito la accion.

241. ¿Procede en ese caso la restitucion de los frutos? Si la accion es intentada despues de la posesion definitiva, los poseedores no restituyen los frutos; si no los restituyen ni aun al ausente, con menos razon pueden restituirlos á los parientes colaterales. Pero si la accion es intentada durante la posesion provisional, los poseedores deben restituir los frutos en la proporcion que establece el art. 127. No hay para qué decir que los poseedores conservan los frutos que la ley les aplica, los cuatro quintos ó los nueve décimos de los frutos que han percibido despues de la posesion provisional. Los ganan porque han administrado; poco importa que haya habido herederos más próximos; faltaron por no haberse presentado, y no tienen ningun título para reclamar los frutos que han sido percibidos como resultado de una administracion á la que han permanecido extraños. Empero, puede preguntarse si los poseedores deben restituir tambien el quinto ó el décimo. El texto del art. 127 no habla más que de la restitucion que se hace al ausente cuando regresa. Ya hemos contestado á la objencion: la restitucion de los frutos debe hacerse á los que tienen el derecho de reclamar los bienes. Hay, no obstante, una razon para dudar. ¿No puede decirse que los poseedores poseen como herederos; que los parientes más próximos que piden la posesion de preferencia obran tambien como presuntos herederos, y que por lo mismo deben aplicárseles los principios sobre la peticion de herencia? Ahora bien, el poseedor manifiesto de la sucesion gana todos los frutos. ¿No debe concederse igual derecho á los poseedores? La cuestion está debatida calurosamente por los autores (1); y en la doctrina general, realmente es dudosa.

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 326-332.

Deberia decidirse en favor de los poseedores, si fuera cierto que poseen como propietarios, si lo fuera quo la accion intentada contra ellos por parientes más cercanos es una accion en solicitud de herencia. Si se admite la opinion que hemos sostenido, la cuestion no puede ni aun establecerse. Hay en litigio parientes llamados á administrar; no es cuestion ni de propiedad ni de solicitud de herencia. De consiguiente, por los principios sobre la ausencia, admitidos en el art. 127, es como debe decidirse cuáles son los derechos y las obligaciones de los poseedores cuando deben restituir los bienes.

§ 4º Derechos de los herederos del ausente.

242. El ausente fallece; segun el art. 130, su sucesion se abre el dia en que se pruebe su defuncion. ¿Quién será llamado á recogerla? Los herederos más próximos en esta época, contesta la ley. Si los poseedores son los herederos más próximos, se reparten los bienes del ausente; si son otros parientes, los poseedores deben restituirlas los bienes de que han disfrutado. La aplicacion del art. 130 no sufre dificultad alguna cuando se abre la sucesion durante la posesion provisional; pero los autores y la jurisprudencia están divididos sobre la cuestion de saber si debe aplicarse esta disposicion al tercer periodo. Bajo el punto de vista de los principios y haciendo abstencion de los textos, no hay en ello la menor duda. Cuando fallece una persona, su sucesion se abre en beneficio de sus herederos. ¿Por qué no habia de ser asi si el difunto está ausente, y hay parientes poseedores definitivos de sus bienes? ¿Acaso la posesion, siendo definitiva, da un derecho á los que la han obtenido, derecho que pueden oponer á los verdaderos herederos? Al contrario, se supone que ellos, los poseedores, son los verdaderos herederos, que han obtenido la posesion. Pero si hay parientes más cercanos, entonces los

poseedores carecen de derecho; su título supuesto se desvanece ante el título real, cuando justificada la defunción hace cesar la ausencia y sustituye la posesión con la partición de la herencia.

Empero, un talento superior, Zachariæ, sostiene que el art. 130 no concierne al tercer periodo (1). Su opinión no ha encontrado eco; los traductores del escritor alemán han abandonado, en este punto, su parecer. Los textos no presentan realmente más duda que el espíritu de la ley. Verdad es que en la redacción primitiva, el art. 130 decía expresamente: «En caso de defunción justificada del ausente, *durante la posesión provisional.*» Estas últimas palabras fueron suprimidas, pero el texto conserva todavía una huella de la redacción primitiva; porque el art. 130 añade al final que los poseedores restituyen los bienes á los herederos más próximos, *con las reservas de los frutos por ellos adquiridos en virtud del art. 127.* Ahora bien, después de la posesión definitiva, ya no há lugar á una cuenta de frutos; de donde se deduce que debe limitarse el art. 127 á la posesión provisional. Se contesta, y la respuesta es concluyente, que esto es dar al final del art. 127 una extensión que no tiene. El art. 127 está concebido en términos generales, se aplica ciertamente á la posesión provisional; en ese caso habrá lugar á una cuenta de frutos. Si la sucesión se abre durante la posesión definitiva, los poseedores guardarán todos los frutos. Previendo las dos hipótesis en una misma disposición, la ley debia decir, como lo hace, *con las reservas de los frutos;* eso no implica que los frutos deban siempre ser restituídos; quiere decir solamente que podrá haber lugar á la restitución (2).

243. Hay una razon particular y decisiva por la cual el

1 Zachariæ, t. I, p. 310, § 157 y la nota de Aubry y Rau, p. 312.

2 Valette sobre Proudhon, t. I, ps. 336-338.

código debia hablar de la restitucion de los frutos. La accion del art. 130 es sin disputa una accion en solicitud de herencia. Resulta de esto que los demandantes deben probar primero la muerte del ausente, y despues su grado de parentesco. Pero ¿deben aplicarse los principios de la peticion de herencia en lo que concierne á los derechos de los demandados? Si se les aplicara, los poseedores ganarian todos los frutos, aun durante la posesion provisional. Esto es lo que el legislador no ha querido, y con razon. Porque, segun el rigor de los principios, los poseedores provisionales no son poseedores de la herencia, sólo son depositarios y administradores; como tales, no tienen derecho á los frutos sino dentro de los límites determinados en el art. 127.

El art. 130 no dice que los herederos tomen los bienes en el estado en que se encuentren, asi como lo expresa el art. 132 respecto del ausente cuando regresa despues de la posesion definitiva, y el art. 133 respecto de los descendientes del ausente. ¿Debe deducirse de esta diferencia de redaccion que las relaciones de los herederos y de los poseedores no están regidas por el principio de los arts. 132 y 133? Así se ha dicho, pero el art. 130 prueba que no es tal la mente del legislador. Este articulo aplica á los poseedores los principios de la ausencia, en cuanto á los derechos que pueden pretender sobre los frutos; es necesario aplicarles los mismos principios cuando se trata de determinar sus derechos y sus obligaciones en cuanto á la restitucion de los bienes. El espíritu de la ley no deja duda alguna. ¿Se concibe que los herederos del ausente sean tratados con más favor que el ausente mismo ó sus descendientes (1)?

244. ¿En qué plazo deben intentar su accion los here-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 574.

deros del ausente? No hay que decir que esta accion es prescriptible, á diferencia de la del ausente. ¿Pero á contar de qué momento comienza á correr la prescripcion? Acerca de este punto hay serias dificultades. Recordemos primero los principios generales que rigen la prescripcion. La accion en demanda de herencia dura treinta años; pero supone que los demandados poseen á titulo de propietario. Despues de eso, debe decirse que la prescripcion comienza á correr desde el dia en que los poseedores empezaron á poseer con ese titulo. Si despues de la posesion definitiva está abierta la sucesion del ausente, no hay duda alguna en ello: los poseedores poseen á titulo de propietario; en consecuencia, prescriben. ¿Pero qué debe decidirse si fallece el ausente durante el segundo periodo? ¿Corre la prescripcion durante la posesion provisional? Siguiendo la opinion general, se contesta que los poseedores provisionales pueden prescribir, puesto que, respecto de terceros, poseen á titulo de propietario, en el sentido de que poseen para si mismos, con el designio de apropiarse y conservar los bienes que retienen (1). En nuestro sistema, no podemos aceptar esta respuesta. Segun el rigor de los principios, los poseedores no son propietarios respecto de terceros, ni poseedores á titulo de propietario. En realidad, ¿cuál es su titulo? El fallo que los pone en posesion; ahora bien, este fallo no les confiere más que el depósito; como depositarios no pueden prescribir. ¿Debe decirse, en consecuencia, que durante tcda la posesion provisional no corre la prescripcion, y que esta no empieza á correr sino es á contar de la posesion definitiva?

Creemos que los poseedores no pueden ser considerados como herederos; en efecto, no poseen como herederos

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, ps. 332 y siguientes, y la nota de Valette; Mourlon, *Repeticiones*, t. I, ps. 251 y siguientes.

principales, con la intencion de ser propietarios. De aqui que no haya lugar á la verdadera demanda de herencia; los demandantes proceden ciertamente en calidad de herederos, pero los demandados no poseen como tales. No estamos, de consiguiente, bajo el imperio de los principios que rigen la prescripcion adquisitiva. Mas bien deben aplicarse los principios de la prescripcion extintiva, y decidir que la accion de los herederos debe intentarse dentro de los treinta años contados desde la apertura de la sucesion, por aplicacion del art. 789, que dice que el derecho de aceptar ó renunciar una herencia, es decir, el derecho hereditario, prescribe á los treinta años.
