

sencia suponía precisamente circunstancias excepcionales y que, en consecuencia, era necesario multiplicar los medios de obtener noticias del ausente. (1)

El Código no reglamenta la publicidad. Bigot-Préame-neu dice en la Exposición de los Motivos que el Ministerio de Justicia empleará no sólo 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 fama, todas las consecuencias perjudiciales de su prolongada ausencia. (2)

SECCION II.—De la toma de posesión provisional.

§ I.—¿QUIEN PUEDE PEDIRLA?

Núm. 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 aquí una presunción que por cierto no estaría fundada en una

1 Sesión del Consejo de Estado de 16 Fructidor, año IX (Loché, t. II, p. 214, núm. 12).

2 Loché, *Legislación civil*, t. II, p. 254, núms. 13 y 17.

probabilidad. Tampoco es una verdadera presunción. 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 aplicación del principio sentado en el art. 120 debe decidirse que los hijos concebidos en una época posterior á la desaparición ó á las últimas noticias no pueden obtener la toma de posesión 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 desaparición 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 posesión? Entiéndese por presuntos herederos á aquellos á quienes la ley convoca á la sucesión; en consecuencia, los parientes en el orden en que suceden, y en cada orden los más cercanos en grado, salvo el beneficio de representación. ¿Si no se presentan los herederos más cercanos podrán obtener los demás la toma de posesión? La afirmativa es indudable. Si por lo regular los más inmediatos deben ser puestos en posesión se supone que ellos la piden; pero esta es una facultad de que pueden no hacer uso; su inacción no debe impedir á los demás parientes presentarse. Porque, no lo olvidemos, la ley concede la posesión provisional á 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 cuestión en diferente sentido; no tienen autoridad alguna en presencia del texto expreso del art. 120. Véanse las sentencias de la Corte de Casación de 3 de Diciembre de 1834 (Daloz, *Compilación periódica*, 1835, 1, 135) y sentencia de Douai de 12 de Julio de 1856 (Daloz, 1856, 2, 292)

pedir ni aun la posesión deben ser admitidos los demás parientes. Es necesario no deducir de esto que los parientes más próximos que no han pedido la posesión sean excluidos por los parientes más lejanos que se hayan presentado. Subsiste su derecho y siempre pueden ejercerlo; por mucho tiempo que transcurra no habrá prescripción. 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 posesión. (1) Existe identidad de razones en el caso en que los parientes más lejanos en grado hubieren obtenido la posesión.

163. ¿Qué debe decidirse si llegasen á fallecer los presuntos herederos el día de la desaparición ó de las últimas noticias? ¿Transmite á sus herederos el derecho de obtener la posesión provisional? Todos los autores admiten ese derecho de transmisión. El día de la desaparición del ausente sus presuntos herederos eran dos primos hermanos; uno fallece antes de la declaración de ausencia, dejando hijos; éstos podrán pedir la posesión provisional en concurrencia con el primo supérstite, ejerciendo un derecho que le ha sido transmitido por su padre. Si no disfrutasen del derecho de transmisión serían excluidos de la posesión, puesto que están un grado más lejos que el primo hermano del ausente. Merlin funda el derecho de transmisión en la antigua jurisprudencia y en los principios del Código Civil. Tres decretos del Parlamento de París han admitido la transmisión. El art. 120 la acepta implícitamente. «¿Qué hace, en efecto, al referirse al día de la desaparición ó de las últimas noticias para determinar á quién debe ser concedida la posesión provisional? Decide, dice Merlin, que el derecho de pedir esta posesión ha sido afec-

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

to al heredero presunto de aquella época; que ese heredero no lo ha perdido después por los cambios supervivientes en el orden de la parentela. Ahora bien, desde que ese derecho es afecto al heredero presunto el día de la desaparición debe ser transmisible á 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 transmitir 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 transmiten? ¡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, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 120, núm. 2, (t. 1, ps. 52 y siguientes).

2 Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 231-233.

¿Por qué pasa esta obligación á los sucesores de los presuntos herederos? Ya lo hemos dicho; la ley debía fijarse en una época para determinar quiénes serían los parientes á los que se concedería la toma de posesión. Se decidió por el día de la desaparición ó de las últimas noticias. De aquí que no pudiese tomar en consideración los cambios que se verificarían por la muerte entre aquella época y la de la posesión, porque si los hubiera tenido en cuenta se encontraría cambiada la época; la posesión habría sido concedida á los herederos del día de la declaración de ausencia ó del fallo que declara la posesión. En virtud de la ley es, pues, como los sucesores del presunto heredero fallecido son puestos en posesión 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 también 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 está unánimes acerca de este punto, que no admite la menor duda. (1)

Núm. 2. De los que tienen derechos subordinados á la defunción del ausente.

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

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 228, 229 y 270. Consúltese la sentencia de Colmar de 18 de Enero de 1850 (*Dalloz, Recopilación periódica*, 1851, 2, 161).

das. El art. 120 dice que pueden ejercer provisionalmente sus derechos. También es una posesión provisional y está fundada en las mismas razones que la posesión provisional de los presuntos herederos. El ausente está interesado en que se administren sus bienes por aquellos que tienen mayor interés en su conservación. Ahora bien, hay bienes que no pertenecen á los presuntos herederos; tales son los bienes á que está 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 posesión provisional á los presuntos herederos; esto habría sido comprometer los intereses del ausente, que tenía por objeto proteger. Hé ahí por qué hay posesión provisional en todos los bienes del ausente.

165. El principio es muy sencillo, pero la aplicación produce dificultades muy serias. Resultan del texto del artículo 123. No puede ser más clara la ley. No coloca en la misma línea á los presuntos herederos y á los demás que tienen derecho. Los presuntos herederos son los que en primer lugar deben pedir la posesión provisional, después de esto se abre el testamento y los legatarios, los donatarios y todos los que tienen derechos subordinados á la defunción del ausente están llamados á ejercerlos provisionalmente. Tal es la marcha que debe seguirse por lo regular; todos están de acuerdo en este punto. (1) Es tan expreso el texto que no deja lugar á duda. ¿Cuál es la razón por que la ley subordina el ejercicio de los derechos del legatario y del donatario á la toma de posesión provisional de los presuntos herederos? Sus derechos son de la misma naturaleza, todos comienzan con la defunción; ¿por qué, pues, el ejercicio está 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 (*Pasicrisia*, 1833, 196).

legatario, cuando es universal y no tiene reservatarios, domina al 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 prescripta en el art. 123 es necesario colocarse en la hipótesis que la ley prevee: 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 debe 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 malquerencia 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 Durantón, t. I, ps. 324-326, núm. 420. Marcadé, t. I, p. 271, n.º 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 sólo tiene que considerar el espíritu y el texto que la ha dictado. Pues bien, creemos que el texto y el espíritu de la 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 á 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. Encontramos 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, interpretarse de la misma manera; quiere decir, resolver que la ley prevee los casos ordinarios como hace con bastante frecuencia el legislador: éste se ocupa sólo de lo que sucede comunmente. 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 posesión provisional será necesario permitírsela. No se opone el texto de la ley, y el espíritu lo exige. Proudhón lo ha hecho notar. ¿Por qué organiza la ley la posesión 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 posesión 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 comunicación oficiosa del título III al Tribunalado los tribunos pidieron la supresión 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 posesión provisional. En las observaciones de la Sección de Legislación del Tribunalado se lee: «Esta posesión 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 después de la declaración de ausencia.» (2) No consta que el Consejo de Estado haya deliberado acerca de la proposición de los tribunos; de todas maneras no fué admitida.

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

2 Loaré, *Legislación 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 Tribunalado. Esta proposición estaba mal concebida; la regla general sentada en el artículo 123 debía ser conservada, á no ser que se autorizara á los jueces á separarse de ella; mientras que la excepción del Tribunalado hacia la regla, lo que era poco lógico. Sin duda por esta razón no adoptó el Consejo de Estado el cambio de redacción que el Tribunalado propuso.

Vienen luego los informes y discursos que hacen nacer nuevas dudas. En el informe rendido al Tribunalado por Leroy dice éste terminantemente que el ejercicio de los derechos del legatario depende de la voluntad del presunto heredero, quien puede, según sus intereses, reclamar ó no la posesión provisional; ahora bien, esta posesión es la condición necesaria de la apertura del testamento. Leroy justifica la interpretación que da el art. 123 con la consideración de que el testamento puede haber sido revocado y que, por tanto, los derechos menos precarios del heredero legítimo deben destruirlo. (1) Mala razón, porque una posibilidad de revocación no debe servir de fundamento para estorbar el derecho del legatario. Cosa singular, el mismo relator da una razón 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 común y único en la ley que los reconoce? Un derecho tiene algo de absoluto que no admite más ó menos. Esto es de una evidencia completa. ¿Pero quién no ve que eso destruye la argumentación del informe? ¡Cómo! ¡son iguales dos derechos y subordináis el uno

1 Loaré, *Legislación civil*, t. II, p. 264, núms. 11 y 12.

al otro hasta el punto de hacer imposible su ejercicio! ¡El ejercicio del uno empieza con la condición del ejercicio del otro! Se necesitaría un texto muy positivo para aceptar semejante anomalía. ¿Pero dice la ley lo que Leroy le hace decir? No, la ley no establece condición, previene 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 habría 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 posesión provisional, lo que para ellos es una sucesión anticipada, es forzoso, por una consecuencia necesaria y justa, dar también á los legatarios y donatarios el goce de sus legados y donaciones; pero añade esta restricción: *en el caso únicamente de la toma de posesión 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-Prémeneu, Orador del Gobierno. Coloca en la misma línea 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 ejecución provisional deben ser autorizadas por los mismos motivos que hacen dar á los presuntos herederos la posesión 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 declaración de ausencia el tiempo en que estuviere comprobada la muerte se hubiera anticipado por la toma de posesión de los he-

1. Loaré, *Legislación civil*, t. II, p. 270, núm. 12.

rederos *debe serlo igualmente* por una entrega provisional á los legatarios.» Bigot-Prémeneu agrega: «Estos principios y esas consecuencias se aplican á todos los que tuvieren sobre los bienes del ausente derechos subordinados á su defunción, podrían ejercitarlos provisionalmente.» (1)

Tal es el verdadero espíritu de la ley. Nuestra conclusión es que todos los que tienen derecho pueden ejercerlo sin que los presuntos herederos hayan pedido la posesión 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 línea. No es posible prevalerse de que el legatario universal tiene á veces la ocupación porque ésta no ejerce influencia alguna en materia de ausencia; estrechados los herederos deben pedir la toma de posesión, lo mismo que los sucesores que no tienen la ocupación. Tal es también la opinión 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 posesión de los herederos sino por el solo hecho de la declaración de ausencia. Efectivamente, según el art. 115 esta declaración puede ser promovida por todos los terceros interesados, aparte de los herederos; puede, por lo mis-

1. Exposición de los Motivos en Loaré, 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 apesar de su negativa. Ahora bien, desde que existe la declaración de ausencia debe producir sus efectos para todas las partes; desde ese momento esta declaración debe abrir todos los derechos subordinados á la condición de la muerte del ausente. (1) ¿Se concebiría que la ley diese á los legatarios y donatarios el derecho de promover la declaración de ausencia sin el concurso de los herederos, y aun apesar suyo, y que después las rehusase el ejercicio provisional de sus derechos cuando la declaración de ausencia no es más que un preliminar de la posesión provisional?

Hay una sentencia de la Corte de Gante que parece menos explícita. La Corte sienta en principio que la toma de posesión provisional de los herederos debe proceder al ejercicio provisional de los demás derechos subordinados á la condición 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 posesión provisional. Únicamente la sentencia quiere que en ese caso sea intentada la acción contra los herederos legítimos. (2) Hablando con más claridad conviene decir que los herederos sean puestos en litigio. No están en posesión; en consecuencia, la acción 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 menos del espíritu de la ley.

1 Sentencia de 25 de Junio de 1835 (Daloz, *Repertorio* en la palabra *Ausentes*, núm. 248).

2 Sentencia de 6 de Julio de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 197).

§ III.—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 período 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 artículo 120 decide la cuestión. ¿Pertenecían al ausente estos bienes el día de su desaparición? Nó, 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 parti-