

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-

ción no hace más que liquidar derechos preexistentes, no establece derechos nuevos. La partición supone, pues, que el ausente ha podido heredar; es decir, que vivía aún cuando se abrió la herencia. Pero esta suposición queda destruida con el fallo que declaró la ausencia y con la toma de posesión de los presuntos herederos. Estos no tienen ninguna calidad para pedir los bienes que han sido atribuidos provisionalmente á la persona ausente por la partición. En efecto, la posesión que han obtenido se funda en una probabilidad de muerte, en tanto que no podrían reclamar los bienes recaídos en el ausente habiendo certidumbre de vida. Su reclamación estaría, pues, en contradicción con su título; es decir, que es inadmisibile. (1)

167. ¿Qué debe entenderse por bienes *pertenecientes al ausente* á la hora de su desaparición? Todos los que están bajo su dominio, poco importa que tenga sobre ellos un derecho actual ó eventual. Un derecho condicional está 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 posesión provisional son herederos; pueden, pues, ejercitar ese derecho. También es de principio que el que tiene una acción para obtener unos bienes está considerado que los tiene; los entrados en posesión tendrán, pues, las acciones de nulidad, de rescisión y en resolución que pertenezcan al ausente. Por último, proseguirán la posesión que había comenzado el ausente. No cabe duda alguna en estas decisiones, que no son más que la aplicación 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 opinión general. Véase á Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 120, núm. 8 (t. I, p. 58).
2 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 357, núm. 446.

de posesión provisional. Los primeros pertenecían incontestablemente al ausente. No se puede decir que los demás le pertenecen, porque se ignora si vivía aún en el instante de su vencimiento ó de su percepción. Pero poco importa. Los frutos son un accesorio de los bienes; deben, en consecuencia, ser entregados con éstos á los que obtienen la posesión provisional. La ley lo dice expresamente respecto de los presuntos herederos. «Se emplearán los frutos obtenidos» dice el art. 126; son, pues, entregados á los poseedores, quienes los capitalizan y disfrutan de ellos después, 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 podía creerse que deben aumentar el patrimonio del ausente, de donde se podría deducir que son entregados con ese patrimonio en las posesiones provisionales. En realidad no puede ser así, porque siendo percibidos ú obtenidos esos frutos después de la desaparición del ausente no le pertenecen en esta época; así, pues, no están comprendidos como tales en la posesión provisional. Si son entregados á los presuntos herederos es en calidad de accesorios; ahora bien, los demás interesados obtienen también la posesión provisional y, por lo mismo, deben con igual título aprovecharse de los frutos. (1)

1 Esta es la opinión general. Véase á Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. II, ps. 90 y siguientes, núms. 86 y 87.