

## § III.—EFECTOS DE LA POSESION PROVISIONAL.

## Núm. 1. Obligaciones de los poseedores

168. Según el art. 125 «la posesión provisional no es más que un depósito.» Todos los autores hacen notar que esta expresión no debe tomarse al pie de la letra. El hecho es evidente. ¿Quizás administra un depositario? Nó, en tanto que el art. 125 agrega que ese depósito da á los que lo obtienen la administración de los bienes del ausente. ¿Tiene acaso un depositario el goce de lo que está confiado á su cuidado? Nó, por cierto, mientras que los que están en posesión tienen derecho á una parte de los frutos. ¿Por qué entonces los autores del Código emplearon una expresión á la cual ellos mismos le dan un mentís? La expresión de *depósito* tiene su razón de ser, nos revela el pensamiento fundamental de la ley. Lo que caracteriza el depósito es que el depositario sólo tiene una obligación, pero carece de derechos; el contrato está hecho únicamente en interés del depositante. Lo mismo pasa con la posesión 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*. También la ley comienza por enumerar las obligaciones que están impuestas á los poseedores; si les concede derechos es porque les son necesarios para su misión de administradores. Si les da una parte de los frutos es porque condescienden en encargarse de una administración 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 sabía muy bien que los poseedores provisionales no son verdaderos depositarios. El mismo di-

ce en el art. 125 que tienen la administración de los bienes del ausente. Son, pues, esencialmente administradores; quiere decir, mandatarios. ¿De quién tienen su mandato? Del tribunal que los pone en posesión. Durantón tiene razón entonces al decir que la posesión es un mandato judicial. (1) Se debe agregar que no es gratuita la administración de los poseedores, tienen derecho á cierto tanto en los frutos; llámese ó no salario á este goce siempre significa que los poseedores no son mandatarios comunes. La observación tiene importancia para precisar la responsabilidad que les incumbe. El art. 1992 decide la cuestión: dice que el mandatario es responsable no solamente del dolo sino también de las faltas que cometa en su administración. Añade que esta responsabilidad se exigirá con menos rigor cuando el mandato sea gratuito que cuando se reciba un sueldo. Como los poseedores reciben una remuneración 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 obligación *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 teoría esta decisión nos parece muy disputable. Los autores comparan á los poseedores provisionales con los herederos beneficiados. Es verdad que existe grande analogía entre ellos. Unos y otros administran juntamente en su interés y en el de los terceros interesados; deberían, 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 en la administración de que está encargado. ¿Deberá de-

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

2 Id. *ibid.*, núm. 489.



cirse otro tanto de los poseedores provisionales? El legislador habría debido tener en cuenta su posición especial para imponerles una responsabilidad menos rigurosa que la del art. 1137; pero como no lo ha hecho se debe conservar la regla establecida en este artículo 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 posesión de los bienes del ausente, con la obligación de prestar fianza para la seguridad de su administración. Como sobre todo en interés del ausente está que se organice la posesión provisional la ley debía prescribir las garantías que le aseguren la restitución de sus bienes y los daños y perjuicios á que podrá tener derecho contra los poseedores. También 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 obligación se impone á los hijos naturales y al cónyuge supérstite llamados á heredar cuando no se presentan herederos legítimos (arts. 771 y 773). También 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 caución. Estando concebido en términos generales el art. 120 se debe decidir, sin duda alguna, que los mismos hijos del ausente deben prestar fianza cuando obtiene la posesión. Así se ha juzgado tocante al hijo natural. (1) Puesto que es legal la caución deben aplicarse los

1 Sentencia de Agén de 16 de Abril de 1822 (Dallez, *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.

171. ¿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. Según el art. 602 los inmuebles son dados en arrendamiento ó puestos en secuestro. Los caudales son impuestos y los efectos vendidos; el artículo 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 inadmisibile. ¿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. Zachariae, t. I, p. 298, nota 6.



frutos no le 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 há lugar á aplicar los artículos 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 prescriptas durante la presunción de ausencia hasta que se presente otro heredero que preste fianza. (1) Debe, no obstante, restringirse á esta decisión. Según el art. 2041 el que no puede encontrár 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 razón se le admitirá una garantía hipotecaria. (2)

172. El art. 126 establece también una garantía en favor del ausente; dice así: «Los que hayan obtenido la posesión provisional deberán proceder á la facción 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 prescripta por la ley en todos los casos en que los bienes de una persona son manejados por un administrador. También deben formar inventarios los que tienen que dar fianza: el usufructuario, el heredero beneficiado y los sucesores irregulares. La ley impone también 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 y 1562). El entrado en posesión es

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

2 Durantón, *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 substraer 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 entrados los bienes

1 Demolomba, *Curso del Código Napoleón*, t. II, p. 99, núm. 98.



en buen estado de reparaciones? No sólo no tiene ninguna acción sino que de hecho recibirá casi siempre los inmuebles en mal estado. Efectivamente, ¿cuándo se ha declarado la posesión? Después de cinco ú 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 conservación de los bienes, pero el mismo legislador no tiene confianza en la administración, desconfiando principalmente de los curadores; hé aquí por qué los substituye con los presuntos herederos. Es, pues, más que probable que los bienes estén en mal estado el día de la posesión provisional. ¿Y se quiere que el legislador presuma que los poseedores los hayan recibido en buen estado?

Vamos más lejos; en concepto nuestro la opinión seguida generalmente descansa en un error de derecho. El art. 1731 establece una presunción; por consiguiente, una presunción legal. ¿Se pueden comprender las presunciones legales? Nó; haya ó no analogía es de principio que las presunciones legales son de estricta interpretación; y la razón es muy obvia: al legislador corresponde ver si conviene establecer una presunción; á él toca examinar las probabilidades en que deben descansar las presunciones. En consecuencia, no hay presunción sin texto. Eso está fundado también en razón. Las presunciones derogan los principios generales sobre las pruebas; dispensan de toda prueba á aquel en cuyo beneficio existen (art. 1352). ¿Qué haría, según eso, el intérprete extendiendo las presunciones por vía de analogía? Dispensaría de la prueba al que debía rendirla y la volvería sobre la parte contraria. Sólo el legislador puede establecer esas excepciones en el derecho común; cuando lo hace el intérprete se sale de los límites

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. II, p. 99, núm. 96.

de su misión, redacta la ley. Si insistimos tanto sobre este punto es porque á cada instante los autores establecen presunciones, extendiéndolas por vía de analogía. Nuestra conclusión es que no se puede aplicar á los poseedores la presunción 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-Prémeneu 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 así.» (1) El objeto es, en consecuencia, prevenir los procesos. Si se levanta un proceso se tendrá la prueba, no por vía de presunción, puesto que no la hay, sino conforme á los principios generales.

174. ¿Quién reporta los gastos que erogan los presuntos herederos desde la declaración de ausencia hasta la toma de posesión? 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 después, porque reciben á título de indemnización una parte considerable de los frutos. Esta opinión no ha encontrado eco: se opone á todos los principios. No es exacto decir que la posesión se da en interés de los poseedores; por el contrario, se ha dicho y repetido en la discusiones, en los informes y en los discursos, que la posesión se ha establecido en interés 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 administración que ninguno aceptaría si la ley no le hubiese señalado una ventaja. Hay autores que dividen los gastos, pero

1 Exposición de los Motivos en Loaré, t. II, p. 256, núm. 21.



eso es completamente arbitrario. M. Demolombe tiene razón en decir que la cuestión está resuelta en el texto y en los principios. (1) ¿Qué son los poseedores? Mandatarios; pues bien, según el artículo 1999 el mandante debe reintegrar al mandatario los adelantos y *gastos* que éste hubiere hecho para la ejecución del mandato. En vano se objetaría que los poseedores gozan de los frutos; ya hemos contestado anticipadamente, y el mismo artículo 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 razón debe el ausente sufragar los que se hacen en interés suyo. En definitiva, la ley aplica el principio del mandato; decide, pues, la cuestión y há lugar á sorprenderse de que sea disputada.

*Núm. 2. Poder de administración.*

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

• 1 Demolombe, t. II, p. 100, núm. 99. Durantón, t. I, 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 razón 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 obligación. En consecuencia, los poseedores deben hacer todas las reparaciones: más adelante exponemos 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 también 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 garantía al ausente.

176. Prolongar los arrendamientos es también un acto de administración. Pero esto presenta ya dificultades. En la teoría general del Código los arrendamientos no están considerados como actos de administración sino cuando tienen la duración ordinaria de nueve años; cuando pasan de este término son asimilados á los actos de disposición 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 también á los poseedores? Ese es el parecer de Durantón; muestra que el arrendamiento consentido por más de nueve años no sería obligatorio para el ausente si llegase á reaparecer. (2) Nosotros nos apartamos de esta opinión.

1 Código de Napoleón, art. 482. Ley Hipotecaria belga de 16 de Diciembre de 1851, arts. 55-57.

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