

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.

De las disposiciones que acabamos de citar resulta que los autores del Código de Napoleón han seguido un principio general en lo concerniente á la duración de los arrendamientos; no hay un solo caso en que los administradores tengan el poder de efectuar arrendamientos que excedan de nueve años. Puesto que el principio es general debe aplicarse á todos los administradores; de consiguiente, también á los poseedores. Zachariae dice que los poseedores pueden prolongar los arrendamientos por una duración excedente de nueve años, (1) pero no da razón alguna de esta excepción, que lleva á un principio general. Hablando con más claridad se necesitaría un texto para que el intérprete pudiese admitir una excepción. M. Demolombe comienza por establecer el verdadero principio; luego, según su costumbre, retrocede ante las consecuencias y acaba por subordinar el derecho al hecho. Si el arrendamiento, dice este autor, se había efectuado de buena fe, si causas legítimas explicaban su duración, podrían los tribunales encontrar en esas circunstancias motivos para conservarlo. (2) ¡Bien! ¿qué importa que el arrendamiento sea hecho de buena fe si el que lo ha prolongado carecía de derecho para autorizarlo? ¿Qué importa que las circunstancias legitimen la larga duración de un arrendamiento si la ley no lo autoriza? ¿Son los hechos los que rigen al derecho ó el derecho el que rige á los hechos? La pérdida de la ciencia es hacer ceder el derecho ante los hechos cuando el deber del intérprete es aplicar á los hechos el derecho tal como lo formula el legislador. No cabe duda que los tribunales sufren la influencia de los hechos; para convencerse de esta verdad basta recorrer una colección de sentencias. El juez está mal inclinado á violentar el derecho para acomodar

1 Zachariae, *Curso de derecho civil francés*, t. I, pfo. 55, p. 304.

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 104, número 150.

darlo á la causa; es necesario que la ciencia no les dé aliento para obrar así; la ciencia debe conservar los principios, de lo contrario abandona su dignidad.

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

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

corpóreos, puesto que el art. 2279 no se aplica más que á los muebles corpóreos. No está ahí la dificultad. Se trata de saber si el ausente puede pedir la nulidad de la venta. Es parte en el contrato, puesto que son sus mandatarios los que venden. ¿Suponiendo que no tienen el derecho de vender podría el ausente proceder de nulidad? No está obligado, según expresa el art. 1998, á aceptar lo que haga el mandatario fuera del límite de sus poderes. Eso significa que no hay necesidad de pedir la nulidad; podría, de consiguiente, proceder como propietario; es decir, reclamar; pues bien, no puede hacerlo.

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

Ellos mismos están interesados para proceder así porque si regresa el ausente estarán obligados á la indemnización de daños y perjuicios como si hubiesen hecho una enajenación que no tenían el derecho de hacer.

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

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

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

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

La jurisprudencia francesa se ha declarado en ese senti-

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

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

1 Sentencia de la Corte de París de 27 de Abril de 1814 (*Dalloz, Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 297).

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

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

4 Sentencia de 8 de Enero de 1848, *Pasicrisia*, 1848, 2, 111 (*Dalloz, Recopilación periódica*, 1848, 2, 99).

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

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

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

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

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

buscamos en vano. Examinemos los diferentes casos previstos por el Código Civil.

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

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

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

cia de la Corte de Lieja que ya hemos citado admite esta excepción. (1) A la verdad está juiciosamente fundada. La ley debería dar este derecho al administrador. ¿Pero se lo da? Ahí está toda la cuestión. Nó; ¿y puede el intérprete en el silencio de la ley conceder al administrador el poder de enajenar lo que no le pertenece? Creemos que no. Esto sería hacer la ley.

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

¿Deben los poseedores los intereses si no hacen empleo del valor proveniente de la venta ni de los frutos obtenidos? Toullier contesta «que deben los intereses de pleno derecho desde el día en que pudo hacerse el empleo; han cometido falta, dice, si dejaron ociosos los capitales del ausente; se *considera* que los emplearon en beneficio propio.» (3) El legislador podría decidirlo así y habría debido hecerlo; ¿pero le es dado al intérprete? ¿Cómo correrían de pleno derecho sin texto los intereses? ¿Cómo se reputaría que los poseedores habían empleado en su provecho las cantidades también sin texto? ¿Hay presunción legal

1 *Pasicrisia*, 1848, 2, 116.

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

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

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

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

juez autorizar á un administrador para que enajene lo que no le pertenece? En principio no tiene, por cierto, este poder: de consiguiente, no podría autorizar al marido á vender los inmuebles de su mujer. ¿No debe decirse otro tanto de los poseedores? Hay una razón de diferencia que justifica la opinión seguida generalmente. Cuando el propietario está presente él es el único á quien corresponde enajenar. Pero cuando está ausente, cuando hay incertidumbre sobre su vida, es imposible que intervenga. ¿No es esta una incapacidad que lo asimila á los menores? Nuestra Ley Hipotecaria hace esta asimilación para la hipoteca. Hay identidad de razones para la venta. Lo que confirma esta decisión es que durante el primer período de la ausencia el tribunal tendría incontestablemente el derecho de autorizar la enajenación si había necesidad de ello (artículo 112). ¿Por qué no habría el mismo derecho cuando esté declarada la ausencia? ¿Será porque hay herederos entrados en posesión? Pero los poseedores tienen sólo un poder de administración, poder que no les permite enajenar, aun cuando lo exigiera el interés del ausente. Por lo mismo es preciso que el tribunal pueda autorizarlos para vender, como puede autorizarlos para hipotecar. (1) Lo que decimos de la venta se aplica naturalmente á la transacción.

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

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

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

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

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

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

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

184. Bajo otra faz se presenta la misma cuestión. Se pregunta si los presuntos herederos del ausente pueden ceder los derechos que les da la posesión provisional. Los autores les reconocen esta facultad. Se fundan en el derecho de transmisión que la ley les concede cuando fallecen antes de la posesión provisional. Hemos contestado á este pretendido derecho de transmisión; en concepto nuestro la ley es la que convoca á los sucesores de los presuntos herederos; éstos no pueden transmitir derechos, puesto que no tienen ninguno. No pueden, por lo demás, ceder un derecho que no tienen. Eso nos parece evidente si se hace la cesión antes de que entren en posesión de los bienes. ¿Qué sucedería con la cesión si el esposo presente optara por la continuación de la comunidad? La cesión se habría basado sobre un derecho que no existe, no tendría objeto; en consecuencia, sería radicalmente nula. Pero supongamos que los herederos ceden sus derechos después de haber obtenido la posesión provisional. También carecería de objeto la cesión; ¿por qué cedieron? ¿en calidad de depósito? ¿de administración? Cedieron su derecho á los frutos, se dirá. ¿Pero con qué condición tienen derecho á los frutos? A cargo de administrar. Si no administran no disfrutan. Eso

decide la cuestión; inútil es repetir lo que acabamos de decir: que la ley ha concedido la posesión provisional á los herederos por motivos que les son del todo personales; de aquí que no se conciba que se descarguen de una administración que les ha sido confiada en razón del interés que tienen de manejarla bien. (1)

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

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

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

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

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

muy debatida. Si son verdaderos los principios que hemos establecido debe contestarse sin vacilar que no tienen ese derecho los poseedores. ¿Cómo podrían efectuar convenios sobre la sucesión del ausente si no son más que simples administradores que sólo tienen el depósito de sus bienes? Los que tienen el cargo de administradores deben limitarse á administrar. Aparte de eso no tienen ningún derecho. No es esa la opinión generalmente seguida. Los autores y las cortes disputan sobre la cuestión de saber si los convenios hechos por los poseedores son pactos sucesorios y, como tales, nulos. La Corte de Casación ha fallado el pró y el contra; la doctrina está dividida, lo mismo que la jurisprudencia. (1) Verdad es que hay diferencia entre los convenios que los poseedores provisionales celebrarían sobre la sucesión del ausente y los que celebran los presuntos herederos sobre la herencia de una persona viva. Estos últimos están proscriptos porque envuelven el deseo de la muerte y podrían inspirar proyectos criminales. No se pueden tachar de inmoralidad los pactos que los poseedores hacen sobre la sucesión de un ausente. De esto se deduce que tales convenios no son verdaderos pactos sucesorios. Por otra parte, ¿puede decirse que sean convenios sobre una sucesión abierta? Tampoco. Durante los dos primeros períodos de la ausencia no puede tratarse de la sucesión del ausente porque no hay presunción de muerte. ¿Cómo! ¿los herederos celebrarían convenios sobre la sucesión del ausente cuando la ley no les confía la administración de sus bienes más que por solicitud hacia el ausente! No es sino durante el tercer período cuando se procede á la partición de sus bienes (art. 129), y hasta después de la posesión definitiva es cuando pueden los herederos hacer sobre esta partición ó acerca de ella convenios sobre la herencia del

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

ausente. Mientras es provisional la posesión el interés del ausente domina al de los poseedores. En definitiva, los convenios que éstos celebraran sobre la sucesión del ausente, aun cuando no fueran verdaderos pactos sucesorios, tampoco serían menos nulos, puesto que tendrían por objeto una sucesión que no está abierta y que se efectuarían por administradores que carecen de toda autoridad para llevarlos á cabo.

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

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 84. núm. 78.