

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.

no tienen derecho á esos frutos sino porque administran. Se dirá que la posesión provisional abre provisionalmente la sucesión y que los acreedores deben tener los mismos derechos en caso de ausencia que los que les da la ley después de la apertura de la sucesión. No admitimos que haya apertura de sucesión después de la declaración de ausencia, y aun cuando lo admitiéramos sería necesario, además, que los herederos hubiesen renunciado á esta sucesión, con fraude de sus acreedores, para que éstos pudieran, en virtud del art. 788, aceptarla en nombre de su deudor. ¿Pero cómo renunciarían los herederos á una sucesión que no está abierta? Todo lo que puede decirse es que no proceden ni piden la posesión. En vano buscamos un principio que permita á los acreedores pedirla en su nombre. En favor de nuestra opinión existe una sentencia de la Corte de Metz. (1)

188. ¿Pueden los poseedores provisionales ejercitar las acciones del ausente? Según el art. 134 «una vez declarada judicialmente la ausencia todo el que tuviere derechos que ejercitar contra el ausente no podrá repetir más que contra las personas que estén en posesión de los bienes.» La ley nada dice de las acciones activas. Merlin cree que el art. 120 decide la cuestión; si el art. 134 no habla de las acciones que el ausente tiene que ejercitar es, evidentemente, dice este autor, porque ya fué previsto en el artículo 120; es decir, porque la sentencia que pone al presunto heredero en posesión provisional de los bienes del ausente transfiere por precisión en sus manos el ejercicio de todos los derechos activos que forman parte de sus bienes. (2) Nos sorprendemos de que esta infundada razón

1 Sentencia de 7 de Abril de 1823 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 175).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 134, núm. 1 (tomo I, p. 71).

haya seducido á Merlin y en seguida á casi todos los autores. Se olvida de que la toma de posesión *no es más que un depósito*; esos son los términos de la ley. Se olvida de que el único objeto de la posesión provisional es dar á los que la reciben la administración provisional de los bienes del ausente; también la ley es la que lo dice (art. 125). Los herederos entrados en posesión no tienen, por consiguiente, el ejercicio de todos los derechos activos que forman parte del patrimonio del ausente, no lo tienen, al menos, más que como administradores. De donde se sigue que sus poderes en cuanto á las acciones son los de todo administrador. Falta saber cuáles son esos poderes.

El art. 464 prescribe que el tutor no puede introducir ninguna acción relativa á los derechos sobre bienes inmuebles del menor sin autorización del consejo de familia. De esto se deduce que tiene el derecho de intentar las acciones mobiliarias. La ley observa el mismo principio en cuanto al menor emancipado; no le permite intentar una acción inmobiliaria sino con la asistencia de su curador (art. 482). Respecto del marido administrador de los bienes de su mujer puede, dice el art. 1428, ejercer únicamente todas las acciones mobiliarias, lo que implica que no tiene el derecho de intentar las inmobiliarias. La combinación de estos diversos artículos prueba que el Código observa como principio general que el administrador tiene las acciones mobiliarias, pero carece de las inmobiliarias. Este principio debe recibir su aplicación en los poseedores, puesto que no tienen más poder que para administrar (1)

Se objeta que el mismo Código deroga este principio al decidir que la acción de partición puede ser ejercitada por los parientes á quienes se haya dado posesión

1 Esta es la opinión de Durantón, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 395.

(art. 817). Si tienen la acción de partición, se dice, deben tener, por identidad de razones, todas las acciones inmobiliarias. Contestamos que la disposición del art. 817 es del todo especial; la acción de partición está regida, en efecto, por principios especiales; ocupa el medio entre los actos de disposición y los actos de administración. De aquí que no se pueda extender á las acciones inmobiliarias lo que la ley dice de las acciones de partición. Después de todo no es el art. 817 el fundamento de la materia sino el art. 134. Este artículo se volvería completamente inútil si se admitiese que los poseedores tienen las acciones activas; si las tuvieran con más razón tendrían las pasivas; no dándoles la ley más que las acciones pasivas debe deducirse que no se les permite proceder en nombre del ausente.

Se hace además una singular objeción contra el principio que sostenemos. ¿Por qué pedir, se dice, la autorización del tribunal para entablar una demanda sobre bienes inmuebles cuando el tribunal debe conocer de ella? Se pide porque la ley exige una autorización. Como garantía evidentemente. Lo que supone que la autorización puede ser denegada si no está fundada en pretensión. ¿Se deberá dejar litigar á los poseedores cuando es seguro que quedarán vencidos? También la mujer casada ocurre á la justicia para obtener la autorización de litigar cuando su marido no quiere ó no puede dársela. ¿Quién ha pensado nunca que fuera inútil ese paso? (1)

189. ¿Corre contra los ausentes la prescripción? Si, por la razón muy sencilla de que la ley no la suspende, y el art. 2251 dice que la prescripción corre contra toda clase de personas, á no ser que se encuentren comprendidas en una excepción legal. Eso decide la cuestión. Pero es gran-

1 Véanse, en sentido contrario, á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 346, y á Demolombe, t. II p. 111, núm. 114.

de la dificultad de saber si la prescripción corre contra el ausente ó contra los poseedores. Se comprende el interés de la cuestión cuando el ausente es menor y mayores los poseedores, ó cuando éstos son menores siendo mayor el ausente. Desde el punto de vista de los principios que hemos establecido la cuestión no es ya una. Los poseedores son depositarios. ¿Corre acaso la prescripción contra el depositario? Los poseedores son administradores. ¿Corre por ventura la prescripción contra un mandatario? Si se admite que la toma de posesión es una apertura provisional de la herencia, si se admite que los poseedores tienen todas las acciones del ausente en virtud de su posesión, entonces debe preguntarse quién es parte interesada en la prescripción. ¿Es el ausente ó son los poseedores?

Si es verdad que los poseedores son herederos más bien que administradores entonces parece lógico decidir que la prescripción corre contra ellos y no contra el ausente. Tal es también el pensamiento de los autores. La acción es intentada por el entrado en posesión; si es menor se habrá suspendido la prescripción apesar de la mayoría del ausente; si es mayor habrá corrido la prescripción aun cuando el ausente fuese menor. ¿Por qué? Porque, al decir de Merlin, el que tiene la posesión está considerado que goza de los derechos de un verdadero propietario bajo la condición resolutive de reintegrar. Así resulta del art. 120, según el cual la ley concede la toma de posesión á los presuntos herederos el día de la desaparición del ausente ó el de sus últimas noticias. Pero si el ausente ha intentado la acción siendo menor, ó si después de entrar á la mayor edad no ha transcurrido un tiempo suficiente para prescribir contra él, no habrá corrido ciertamente la prescripción aun cuando los poseedores fuesen mayores, porque en esta hipótesis los presuntos herederos no habrán sido

más que administradores; y nunca es del principal del administrador sino siempre y únicamente del principal de aquel cuyos negocios son administrados de quien se juzga que corre ó está suspensa la prescripción. (1)

Esta última razón condena la doctrina de Merlin. Los poseedores no son nunca más que administradores, aun cuando ellos sean los que entablen las demandas. La ley lo expresa y no puede ser más clara al servirse del término enérgico de *depósito* para caracterizar la posesión provisional. Objétase en vano que el poseedor no está considerado como depositario sino respecto del ausente y que se reputa verdadero heredero en cuanto á los terceros. Esto es introducir en la ley una distinción que no existe en ella. Si la ley llama á los presuntos herederos el día de la desaparición no es en virtud de una presunción de muerte, no es porque la herencia esté abierta á contar desde ese día, sino únicamente porque necesitándose fijar una época para determinar los herederos que deberán ser puestos en posesión se ha debido tomar aquella en que el ausente ha dado la última señal cierta de vida. Esta es una ficción y, por lo mismo, debe restringirse al caso para que ha sido establecida; introducida para prevenir una competencia posible entre pretendientes convertidos en presuntos herederos en distintos tiempos no se puede hacer extensiva al caso de una reclamación ejercitada contra un tercero detentador y de una prescripción opuesta por éste. Esto es lo que expresa una sentencia notable dictada por la Corte de Rennes. (2)

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 134, núm. 2 (tomo I, p. 71). Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, ps. 345-347.

2 Sentencia de 13 de Marzo de 1862 (Daloz, *Recopilación periódica*, 1862, 2, 178).

*Núm. 3. Derechos de los poseedores.*

190. El artículo 127 concede á los poseedores cierta parte de los frutos: si regresa el ausente antes de quince años contados desde su desaparición no están obligados á devolverle más que el quinto de las rentas; de consiguiente, ganan cuatro quintos: si regresa después de quince años reintegran un décimo y ganan nueve décimos. Después de treinta años de ausencia les pertenece el total de las rentas. Ya hemos expresado las razones por las que los autores del Código Civil han señalado á los poseedores una parte tan considerable de los frutos; más que todo el interés del ausente es el que los ha determinado á obrar así. No sin sorpresa leemos también en un autor que goza de grande estima que el art. 127 está fundado en los mismos motivos que han hecho conceder al poseedor de buena fe los frutos percibidos por él sobre la cosa de otro (art. 549). (1) Véase, pues, al poseedor que está asimilado á un poseedor de buena fe. Se acaba de oír á Merlin calificarlo de propietario bajo la condición resoluble de reintegrar al ausente; y la ley dice que es depositario y administrador. ¿Cómo puede ser el poseedor justamente administrador, propietario y poseedor de buena fe? No nos encargamos de encontrar la solución de este enigma. Conformémonos con recordar la definición que el artículo 550 da del poseedor de buena fe: es el que posee como propietario en virtud de un título translativo de propiedad cuyos vicios ignora. ¿Acaso los poseedores provisionales poseen como propietarios, siendo así que la ley dice que su posesión no es más que un depósito? ¿En dónde está el título translativo de propiedad?

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. II, p. 121, núm. 120.