

ponde la tutela, debe proveerse en seguida á la vigilancia de los hijos, deba nombrarse un tutor que substituya al padre. Será un tutor provisional, dice la ley. ¿Quiere decir que después de la declaración de ausencia se nombrará un nuevo tutor, que será definitivo? De antemano hemos contestado la pregunta. Todo es provisional durante el segundo período de la ausencia; el mismo Código lo dice, puesto que organiza una posesión provisional. ¿Cómo podría ser definitiva la tutela cuando el verdadero tutor, es decir, el cónyuge ausente, puede reaparecer de un día á otro?

Así, pues, en las dos hipótesis previstas en el art. 142 la declaración de ausencia en nada modifica las medidas tomadas durante el primer período. Lo mismo es en el caso del art. 143 si uno de los cónyuges desaparece dejando hijos nacidos de matrimonio precedente. La tutela se abre antes de la desaparición del ausente y continúa después de que el tutor hubiere desaparecido; pero como no puede ejercer sus funciones la ley exige que se le substituya con un tutor provisional, el cual permanecerá en ejercicio después de la declaración de ausencia, en tanto que el cónyuge presente no regresare.

En definitiva, el capítulo IV provee á todas las necesidades si hay hijos menores. La declaración de ausencia deja subsistir las medidas que han sido tomadas durante la presunción de ausencia.

## CAPITULO IV.

DE LA POSESIÓN DEFINITIVA Y DEL FIN DE  
LA AUSENCIA.

### SECCION I.—De la posesión definitiva.

#### § I.—CUÁNDO PROCEDE.

222. La toma de posesión definitiva procede en dos casos: primero, si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesión provisional ó desde la época en que el cónyuge común haya tomado la administración de los bienes del ausente; después, si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente (art. 129). ¿Cuál es el punto de partida de los treinta años en la primera hipótesis? La ley lo dice: es la posesión provisional ó la administración legal del cónyuge común en bienes. Apesar de este texto expreso la mayor parte de los autores doctrinan que el plazo corre desde la declaración de ausencia. No es la posesión provisional, dicen, ó la administración legal, la que hace nacer la presunción, ó cuando menos la probabilidad de muerte, sino la declaración de ausencia pronunciada después de las informaciones solemnes y de una publicidad que llegue á todas partes del mundo. ¿Qué importa entonces cuándo tenga lugar la posesión provisional? ¿Qué importa siquiera que tenga lugar? El fallo que decla-



ra la ausencia no subsiste menos con todas sus consecuencias. Ahora bien, en la probabilidad creciente de la defunción es en lo que está fundada la posesión definitiva. De aquí que el plazo de treinta años deba correr desde el día en que esta probabilidad está legalmente establecida; de consiguiente, desde la declaración de ausencia. (1) Preferimos la opinión contraria profesada por M. Plasmán. (2) Se funda en una autoridad que debe respetar el intérprete: la autoridad de la ley. Cuando el texto es tan claro como puede serlo ¿con qué derecho separarse de él? ¿Se prueba por ventura que el texto no responde á la intención del legislador? No se cita una palabra que pueda hacer sospechar que el legislador no ha dicho lo que quería decir. Y nótese bien, el art. 129 reproduce dos veces la misma decisión: después de haber dicho "si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesión provisional" la ley repite "ó desde la época en que el cónyuge común haya tomado la administración de los bienes del ausente." Con evidencia si la mente del legislador era hacer correr el plazo desde la declaración de ausencia le habría sido mucho más sencillo decirlo en vez de expresar dos veces lo contrario. Para eludir el texto del art. 129 Marcadé le opone el art. 127, según el cual *después de treinta años de ausencia* la totalidad de las rentas pertenece á todos los que han administrado los bienes. (3) Pero para prevalecerse del art. 127 es necesario comenzar por probar que la palabra *ausencia* puesta en él significa *la declaración de ausencia*; ahora bien, eso es más que dudoso. Además, la hipótesis del art. 127 no es la del artículo 129; el primero concierne á la cantidad de los frutos que la ley aplica á los

1 Esta es la opinión común (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 432)

2 Plasmán, *Código y tratado de los ausentes*, t. I, p. 227.

3 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 320, núm. 4.

que administran los bienes; para regularla se tiene en cuenta el tiempo que ha transcurrido desde la desaparición ó las últimas noticias. En el art. 129 se trata de fijar el momento en que tendrá lugar la posesión definitiva; aquí la ley no tiene en cuenta la época de la desaparición ó de las últimas noticias sino la época en que ha comenzado la posesión provisional; los dos artículos preveen hipótesis diferentes, el uno no puede anular al otro.

¿Es cierto que el texto del art. 129 está en oposición con el espíritu de la ley? El texto hace correr el plazo de treinta años desde la posesión provisional ó desde la administración legal, lo que supone que existe un fallo que declara la ausencia. Si la posesión tiene lugar por el mismo fallo que declara la ausencia ya no hay cuestión. Si la posesión tiene lugar por un fallo posterior correrá el plazo desde ese segundo fallo; ¿hay en esto algo de absurdo que no pueda aceptar la razón? Nó, en verdad. Pero si después del fallo que declara la ausencia no había posesión entonces, se dice, sería absurdo aplazar indefinidamente la posesión definitiva. Nosotros pensamos, por el contrario, que precisamente en esta hipótesis la ley se justifica plenamente. Los presuntos herederos son los que promueven la declaración de ausencia con el objeto de obtener la posesión provisional. La ausencia es declarada, luego los herederos quedan en la inacción. ¿Qué debe deducirse de esto? Que se han recibido noticias del ausente, que se han adquirido hechos que se ignoraban; en consecuencia, la posesión provisional será aplazada. Nosotros preguntamos: ¿no es lógico, en ese caso, dejar correr el plazo de treinta años desde la posesión provisional en vez de dejarlo correr desde la declaración de ausencia?

223. ¿Quién puede pedir la posesión definitiva? Todos los que tengan derecho, dice el art. 129. ¿Quiénes son los que tienen derecho? Regularmente serán los que hayan obs



tenido la posesión provisional. Es adrede como la ley se sirve de una expresión más general. En primer lugar puede suceder que no haya habido posesión provisional; cuando el cónyuge común en bienes opte por la continuación de la comunidad los que tienen derechos subordinados á la condición del fallecimiento del ausente no pueden ejercerlos sino después de treinta años, cuando há luga á la posesión definitiva. También puede suceder que los herederos más inmediatos no hayan solicitado la posesión provisional, no importa por qué razón; en ese caso podrán pedir la posesión definitiva. ¿Pues quiénes son los *que tienen el derecho* de que habla el art. 129? Son los presuntos herederos. ¿Y á que época es preciso remontarse para determinar quiénes son estos herederos? No hay otra que la de la desaparición ó de las últimas noticias. El art. 120 lo dice, y sirve para interpretar el art. 129. Se podría fijar otra época si se tuviera la prueba de la defunción del ausente, Pero entonces no sería ya cuestión de posesión; habría lugar á partir la herencia. (1)

224. ¿Quién declara la posesión definitiva? El tribunal de primera instancia, dice el art. 129. Cuando procede declarar la posesión provisional la ley prescribe informes y ordena la publicidad de las sentencias preparatorias y definitivas. El art. 129 nada prescribe cuando los interesados solicitan la posesión definitiva. Sin duda porque estando todas las probabilidades por la defunción del ausente serían inútiles los gastos que se impendieran. ¿Quiere decir que el tribunal no tiene derecho de levantar una información? Todo lo que puede deducirse del silencio de la ley es que no está obligado á ello; pero en materia de ausencia el juez es el protector nato del ausente. Puede, en consecuencia, si lo estima útil, proceder á una averiguación

1 Merlín, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Ausente*, pfo. 3.

Bigot-Préameneu supone también que esa será la marcha regular. «El tribunal, dice este autor, comprobará en la forma ordinaria, que será la de una averiguación con audiencia del comisario del Gobierno, que desde la primera toma de posesión ha continuado la ausencia sin recibirse noticias del ausente. (1)

#### § II.—EFECTOS DE LA POSESION DEFINITIVA.

225. Dice un autor francés que es muy difícil definir el derecho de los poseedores definitivos, derecho en que se amalgaman diferentes condiciones, propiedad bajo muchos aspectos y mandato en ciertas relaciones. (2) No vemos en dónde está esa dificultad. Bigot-Préameneu ha explicado perfectamente el objeto de la posesión definitiva y los derechos que resultan de ella para los poseedores. Es necesario, dice, que cese el estado precario en que están los herederos durante el segundo período de la ausencia; cuando han transcurrido treinta y cinco años por lo menos desde la desaparición los herederos tienen el derecho de solicitar que su suerte sea al fin fijada. ¿En qué sentido fija su suerte la posesión definitiva? El Orador del Gobierno contesta que no serán ya simples depositarios de los bienes, que la propiedad descansará sobre ellos y que podrán enajenarlos. ¿Es decir que son propietarios irrevocables? Nó; si regresare el ausente terminaría en el acto el derecho de los herederos poseedores. Con respecto al ausente los herederos no pueden ser propietarios porque no hay herencia de una persona viva. No siendo propietarios no son en realidad más que mandatarios y administradores. Esa es su doble calidad. ¿Por qué esta posi-

1 Exposición de los motivos (Loché, t. II, p. 258, núm. 29).

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 174, número 154.



ción que parece contradictoria? ¿Por qué son juntamente propietarios y administradores? Bigot-Prémeneu nos lo dice. El interés público exige que los bienes del ausente vuelvan á entrar en el comercio. De consiguiente, es preciso que los poseedores tengan el derecho de enajenarlos, y si el ausente reapareciere deberá respetar todos los actos ejecutados por los herederos.

Tal es la teoría de la posesión definitiva. Al presente comprendemos por qué la ley le da ese nombre. Es definitiva en lo concerniente á las relaciones de los poseedores con los terceros; todos los actos ejecutados por los herederos son válidos y permanecen como tales aun cuando reapareciera el ausente; son definitivos. Pero la posesión no es definitiva respecto del ausente, ni podría serlo. El proyecto de Código declaraba á los poseedores propietarios incommutables, aun respecto del ausente. Esto era una verdadera herejía jurídica porque equivalía á decir que hay herederos de una persona viva dando la preferencia á los herederos enfrente de aquel cuyo derecho tienen. La teoría del Código, aunque contradictoria en apariencia, es muy lógica; es el principio de la propiedad revocable, pero revocable sin retroactividad. El interés público exige que los poseedores sean propietarios respecto de los terceros; el derecho del ausente no permite que lo sean en lo que á él se refiere. En consecuencia, son propietarios en tanto que el ausente no reaparezca; desde el momento en que vuelva es revocado su derecho, pero sólo para lo venidero.

226. El art. 129 dice que los que tienen derecho podrán solicitar la partición de los bienes del ausente. Esta disposición establece una diferencia radical entre la posesión definitiva y la posesión provisional. Los poseedores provisionales no son más que administradores; como tales bien pueden repartirse la administración; pero no se concibe que se repartan la propiedad, ni aun el goce de los bienes del

ausente. (1) Sólo cuando há lugar á la posesión provisional es cuando está fijada su suerte, como dice Bigot-Prémeneu. De consiguiente, en esta época es cuando pueden pedir la partición. La posesión definitiva no es otra cosa que una partición.

Puesto que los herederos se reparten los bienes del ausente es necesario deducir que la masa divisible debe ser formada según los principios generales sobre las herencias. De consiguiente, si uno de ellos ha recibido liberalidades sin cláusula de donación expresa debe restituirlas. Y si el difunto había dado ó legado bienes excediéndose de la porción disponible los herederos reservativos tendrán el derecho de pedir la reducción. En vano se objetaría que son poseedores de los bienes del ausente y que los bienes dados intervivos han salido definitivamente de su patrimonio. Se contesta, y la respuesta es concluyente, que la posesión definitiva no es más que una simple posesión, puesto que la ley autoriza á los herederos á dividir los bienes; ahora bien, antes de que se puedan dividir debe formarse la masa divisible, lo que necesita el reintegro y la reducción. El sistema contrario conduciría á este absurdo: que nunca habría lugar á reducción de las liberalidades excesivas, á no ser que por casualidad pudiera probarse el día de la defunción del ausente.

Los herederos, al repartirse los bienes, se reparten así mismo las deudas; están obligados á pagarlas como herederos universales. ¿Pero están obligados *ultra vires*? No creemos que se pueda extender hasta eso la asimilación de la posesión definitiva y de la apertura de la herencia. La sucesión no está realmente abierta; no lo está más que con la prueba de defunción del ausente. Esta es la disposición expresa del art. 130. No há lugar, pues, á aplicar el princi-

1 Véanse las páginas anteriores, núms. 195 y siguientes. Consúltese á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 444.



pio de la ocupación de la herencia. Lo que lo demuestra es que los herederos deben hacerse poner en posesión por el tribunal. En consecuencia, la ley no los considera como dueños de la cosa; ahora bien, la obligación de pagar las deudas *ultra vires* es una consecuencia de la ocupación de la herencia. Puesto que los herederos no son dueños no continúa la persona del ausente; simples sucesores de los bienes no están obligados á las deudas sino hasta la concurrencia del valor de los bienes que recogen. La ley no prescribe comprobar los bienes con un inventario, porque supone que las deudas habrán sido liquidadas y pagadas durante los treinta años de la posesión provisional.

227. Los poseedores definitivos pueden disponer de los bienes del ausente á título oneroso. La ley no lo dice de una manera expresa; sin embargo, no cabe duda alguna. Así resulta desde luego del art. 128, según el cual los que únicamente posean á título de posesión provisional no podrán enajenar ni hipotecar los inmuebles del ausente. Sigue inmediatamente la disposición que permite á los que tienen derecho á solicitar la partición de los bienes en el tercer período de la ausencia. Esta partición estriba sobre la propiedad; así, pues, los herederos entrados en posesión definitiva se convierten en propietarios y, por ende, á diferencia de los poseedores provisionales, pueden enajenar é hipotecar. El art. 132 lo dice implícitamente. Si regresa el ausente y los bienes han sido enajenados ¿qué sucede con las enajenaciones? El ausente recobra el precio de los bienes vendidos; las enajenaciones subsisten, pues, porque tocante á terceros los herederos han sido propietarios y han tenido el derecho de enajenar. En este sentido es en el que la ley dice que el ausente recobra sus bienes en el estado en que se encuentren.

Sobre este punto no hay duda alguna. ¿Pero tienen también el derecho de hacer donaciones los poseedores? Los

artículos 128 y 132 suponen actos á título oneroso; esto es claro en el artículo 128, puesto que los poseedores provisionales no son más que administradores, y un administrador no puede disponer nunca á título gratuito; el artículo 132 da al ausente un derecho al precio de los bienes enajenados, lo que implica una venta. ¿Debe deducirse de esto que los poseedores definitivos no pueden donar los bienes del ausente? Todos los autores doctrinan que pueden hacerlo. ¿Cuál es, en efecto, el principio de la ley en cuanto al derecho de los poseedores? Son propietarios respecto de terceros. Ahora bien, uno de los atributos del derecho de propiedad es el derecho de disponer á título gratuito y á título oneroso. Siendo propietarios los poseedores, gozan del derecho de disponer. Se necesitaría una ley que les quitara el derecho de dar para que estuvieran privados de una facultad que es inherente á la propiedad; pues bien, esta ley no existe; los artículos 128 y 132 suponen actos á título oneroso, pero no contienen ninguna prohibición de disponer á título gratuito. Aun puede invocarse el artículo 132 en favor de la opinión general. Antes de hablar del precio de los bienes enajenados la ley dice que el ausente recobra sus bienes en el estado en que se encuentren; el ausente no readquiere, en consecuencia, más que los bienes que se encuentren todavía en poder de los poseedores; de consiguiente, si han dispuesto de ellos el ausente no puede reclamarlos; poco importa á qué título haya sido hecha la enajenación, la ley no distingue. Eso es decisivo. (1)

228. ¿Cuál es la posición de los poseedores definitivos con relación al ausente? No son propietarios; acabamos de decir que la doctrina contraria, admitida en el proyecto de Código, era una herejía jurídica. ¿Deberá deducirse entonces que no son más que simples administradores? Lo son,

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 407, núm. 505.



efectivamente, pero con derechos más amplios. En primer lugar ganan todos los frutos. Ya durante el segundo período los que obtienen la posesión provisional tienen derecho á la totalidad de los frutos cuando han transcurrido treinta años desde la desaparición del ausente; con mayor razón deben gozar de todos los frutos los que tienen derecho cuando la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesión provisional. ¿No son propietarios? Con este título les deben pertenecer los frutos. Su poder de administración es también más amplio que el de los administradores ordinarios, y por igual razón. Administran como propietarios; pueden, en consecuencia, celebrar arrendamientos que excedan de nueve años. Además, no son responsables de su administración, porque manejan más bien por sí que por el ausente; por lo mismo, pueden usar y abusar; en ese sentido también es preciso decir, con el artículo 132, que si regresa el ausente recobra sus bienes en el estado en que los encuentra. Por último, ya no hay ninguna garantía prescripta por la ley en interés del ausente, ni inventario, ni fianza.

229. El art. 129 dice que se levantarán las fianzas. ¿Se levantan de pleno derecho ó únicamente por el efecto del fallo que declara la posesión definitiva? También esta es una de esas cuestiones que sorprende ver debatidas porque las decide el texto del Código. El art. 129 es terminante. Dice así: «Si la ausencia ha continuado durante treinta años después de la posesión provisional se levantarán las fianzas.» La ley es, pues, la que las levanta. Después de esto el artículo agrega que los que tienen derecho podrán solicitar la partición de los bienes del ausente; es decir, hacer declarar la posesión definitiva. El descargo de las fianzas tiene lugar, pues, antes de que la posesión sea declarada. Habría sido más lógico no levantar las fianzas sino después de la posesión definitiva y en vir-

tud del fallo que la declara. Porque hasta entonces continúa la posesión provisional, y en tanto que ésta exista debe haber fianza. Pero hay una consideración superior á la lógica, y es la equidad: el Código la prefiere al rigor del derecho. Es necesario que la obligación de las fianzas no dependa de la negligencia de los poseedores. Puede suceder que éstos no soliciten la posesión definitiva para no sufragar los gastos de un juicio que ellos reportarían, puesto que es más que probable que el ausente no regrese. ¿Resultará de esto que las fianzas serán mantenidas indefinidamente? En verdad eso sería contrario á la justicia. De consiguiente, el legislador ha hecho bien en levantarlas, no desde que se pronuncia la sentencia sino desde el momento en que tiene lugar la posesión definitiva. (1)

230. ¿Se levantan las fianzas hasta por el pasado? Esa es la opinión común (2); nos parece más que dudosa. Es cierto que la ley dice de una manera absoluta: «Las fianzas serán levantadas.» Pero eso significa que en el tercer período de la ausencia ya no hay fianza; lo cual no quiere decir que los fiadores queden eximidos de la responsabilidad en que hayan podido incurrir durante la posesión provisional. Se pretende que pueden invocar la prescripción porque su obligación nace en el momento en que se declara la posesión provisional; treinta años después son levantadas porque ha prescripto la acción de los terceros. Esto es contrario á los principios que rigen la prescripción. ¿Cuándo comienza á correr la acción del ausente contra los fiadores? ¿Desde el momento de la posesión provisional? No hay acción contra los fiadores si no es cuando los poseedores han causado por su falta un perjuicio al ausente; sólo

1 Esta es la opinión generalmente seguida (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 160).

2 Esta es la opinión general (Durantón. t. I, p. 405, núm. 502; Demolombe, t. II, p. 181, núm. 161).



desde ese momento nace la acción contra los poseedores y contra los fiadores. Por lo mismo, es posible que la acción nazca únicamente durante el trigésimo año de la posesión provisional. En la opinión común se prescribiría en el momento mismo en que nace. Esto es inadmisibile. (1)

Hay un autor que va más lejos. Marcadé dice que después de la posesión definitiva la administración de los poseedores durante la posesión provisional no puede ser reprobada. «Esto debe ser así, dice, puesto que á contar de ese momento desean poder vender, donar, disipar, como mejor les parezca, todos los bienes del ausente.» Es seguro que después de la posesión definitiva los poseedores son considerados como propietarios con relación á los terceros, y aunque no lo sean respecto del ausente no puede ser reprobada su administración. La ley lo dice: «Si regresa el ausente recobra sus bienes en el estado en que se encuentren.» ¿Pero de que sean propietarios y administradores irresponsables después de la posesión definitiva se sigue que durante los treinta años de la posesión provisional no hayan sido depositarios y administradores responsables? Si por su mala administración han incurrido en la responsabilidad que pesa sobre ellos el ausente tendrá una acción; ¿podrá ser ejercitada ésta después de la posesión definitiva? En vano buscamos un motivo jurídico que impidiera al ausente proceder tanto tiempo como su acción no haya prescripto.

231. ¿Cuáles son las obligaciones de los poseedores con relación al ausente si éste regresa después de la posesión definitiva? Esto es lo que vamos á ver al tratar del fin de la ausencia.

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 319, núm. 2, del art. 129.

SECCION II.—Fin de la ausencia.

§ I.—REGRESO DEL AUSENTE.

232. Ya hemos dicho que en los dos primeros periodos de la ausencia cesan los efectos de ésta desde el momento en que el ausente regresa ó se prueba su existencia. La ley lo dice respecto de la posesión provisional (artículo 131) é inmediatamente agrega: «Si el ausente regresa ó se prueba su existencia, aun después de la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren, el precio de los que se hubieren vendido ó los nuevos bienes que procedan del empleo que se hubiese hecho del importe de los bienes vendidos» (artículo 132). Hay una gran diferencia entre las dos hipótesis. Si el ausente regresa durante la posesión provisional recobra sus bienes tales como los poseedores los recibieron; si éstos los hubiesen enajenado podría reclamarlos el ausente contra los terceros que los hubiesen adquirido, salvo la aplicación del artículo 2279, y tendría contra los que los enajenaron la acción que nace de su responsabilidad. En tanto que si regresa después de la posesión definitiva debe tomar sus bienes en el estado en que se encuentren. Vamos á ver cuál es el principio que rige las relaciones entre el ausente y los poseedores definitivos. Hacemos constar de antemano que el ausente, cualquiera que sea la época en que regrese, puede ejercitar los derechos que le reconoce el art. 129. Ninguna prescripción puede oponérsele. ¿Qué son, en efecto, los poseedores, aun definitivos, con relación al ausente si éste regresa? Administradores; en consecuencia, detentadores usufructuarios; ahora bien, los que poseen en nombre de otro «no prescriben nunca, ni en ningún espacio de tiempo» (art. 2236). En vano se diría que son propietarios respecto de terceros; tienen una doble calidad respecto del