

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

ausente; no pueden invocar su calidad de propietarios, puesto que descansa en su título de herederos; ahora bien, no hay heredero de una persona viva. (1)

Notemos también que si da el ausente noticia de su persona durante la posesión definitiva, pero sin regresar, cesarán verdaderamente los efectos de la posesión; con todo eso si el ausente no nombra mandatario habrá lugar á aplicar, por analogía, lo que el art. 131 dice de la posesión provisional; es decir, que el tribunal prescribirá las medidas necesarias para la administración de los bienes del ausente.

233. Los poseedores definitivos son propietarios con relación á los terceros, y respecto del ausente administradores irresponsables. De ahí el principio formulado por Proudhón y admitido por todos los autores: «El heredero poseedor definitivo no debe, en el momento en que le sea prescripta la restitución, estar sometido á ninguna pérdida ni á conservar beneficio alguno que provenga de los fondos del ausente.» (2) Está obligado á ello tanto como se ha enriquecido. Este principio está fundado en razón. El heredero poseedor definitivo, después de treinta y cinco ó cuarenta y un años de ausencia, ó cuando hayan transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente, debe creerse heredero definitivo y, por lo mismo, propietario; no puede ya esperarse el regreso del ausente. En consecuencia, maneja los bienes de éste como los suyos propios; mejor dicho, están confundidos los dos patrimonios para no formar más que uno solo. Si el heredero maneja mal está en su derecho, puesto que puede usar y abusar; es su propiedad la que descuida, como dicen las leyes romanas al hablar del heredero aparente. (3) Si, pues, se es-

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. 1, p. 411, núm. 510.

2 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1, p. 329.

3 L. 20, pfo. 6; L. 25, pfo. 11; L. 31, pfo. 3; D., *de heredit petitione*, (V. 3).

tima que debe restituir los bienes del ausente es justo que haga esta restitución dentro de los límites de aquello con lo cual se ha hecho rico; no puede retener nada de lo que no le pertenece, pero sería injusto que estuviera obligado á restituir mucho más, porque entonces perdería, resultando esta pérdida de haber usado de su derecho sin que haya falta alguna que señalarle. Si el ausente sufre perjuicio es por su descuido: ¿se permanece ausente más de treinta y cinco años, más de cuarenta y uno, sin atender los intereses cuando se dejan bienes en peligro?

234. Para la aplicación del principio es necesario ver de antemano si los bienes del ausente están todavía en poder de los poseedores. En este caso los recobra, dice el art. 132, en el estado en que se encuentren. Si los poseedores han concedido derechos reales sobre los inmuebles subsistirán estos derechos; el ausente debe respetar esos actos porque los poseedores tenían el derecho de efectuarlos. Su propiedad es, en verdad, revocada, pero el texto del art. 132 prueba que no lo es retroactivamente. Están considerados como si hubieran sido propietarios hasta el momento en que termina la ausencia, y ésta termina el día en que regresa el ausente ó el en que se prueba su existencia. Los actos que han llevado á cabo hasta entonces son válidos; los que ejecuten después serán nulos. En cuanto á su manejo como administradores está al abrigo de toda censura, siempre en virtud de la ley que dice que el ausente vuelve á tomar sus bienes en el estado en que se encuentran. En este punto los poseedores no son tratados como administradores; se reputa que han procedido como propietarios, y con este título tienen el derecho de abusar. Eso supone que son de buena fe porque en su buena fe descansa el principio que establece el art. 132. Si tenían conocimiento de la vida del ausente dejarían de ser propietarios para no ser más que simples depositarios.

235. Si han sido enajenados los bienes el ausente tiene derecho al precio. La ley no exige que el precio sea también debido, como lo hace respecto del ascendiente donador que readquiere los bienes donados en la sucesión del donatario. Es cierto que desde el momento en que el precio ha sido pagado ya no hay precio, quedando confundida la suma pagada al vendedor con el resto de su patrimonio. En el art. 132 es necesario dar á la palabra *precio* un sentido más lato. Se trata de determinar á qué tiene derecho el ausente si sus bienes han sido enajenados. ¿Al valor? ¿Al precio recibido por los poseedores? La ley decide que al precio. Esta es una aplicación del principio general. Los poseedores están obligados en tanto que han aumentado su caudal; ¿y con qué lo han aumentado en caso de venta? Con el precio y no con el valor. El precio es, pues, el que deben restituir al ausente.

¿Deben siempre restituir los poseedores el precio que han recibido? ¿Deben restituirlo aun cuando lo hayan disipado? La cuestión está debatida. A primera vista podría creerse que el texto decide la cuestión contra los poseedores: el ausente, dice el art. 132, recobra el precio de los bienes que hayan sido enajenados; de consiguiente, el derecho al precio ó á la suma pagada. (1) Esta interpretación estaría en pugna con el principio que establece el artículo 132. Los poseedores definitivos no están obligados más que en tanto que han aumentado sus bienes; en este sentido es en el que la ley dice que deben el precio, porque, en general, se enriquecen con el precio al entrar en su dominio la suma satisfecha. Pero si de hecho no se han aprovechado de ella, si la han invertido en empresas de simple recreo, ¿deberán, no obstante, restituirla? Nó, porque han tenido el derecho de disiparla, lo han te-

1 Esta es la opinión de Valette sobre Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 329, nota.

nido de emplearla en gastos superfluos; y al hacer uso de su derecho no pueden incurrir en responsabilidad; el que usa de su derecho á nadie perjudica. Por el contrario, el ausente los perjudicaría si pudiese reclamar el precio de que se hubieran aprovechado los poseedores. Esto sería una derogación del principio establecido por la ley, y una derogación contraria á la equidad. La negligencia del ausente debe perjudicarle á sí mismo y no á los poseedores. (1)

Queda todavía una dificultad. El precio ha sido empleado en empresas, en parte útiles y en parte de simple recreo; los herederos no han aumentado su caudal, pues, más que con una parte del precio. ¿Toca al ausente probar con qué lo han aumentado? Podría creerse así, puesto que es demandante. ¿Pero no es este el caso de aplicar el texto del art. 132? La ley le da un derecho al precio si sus bienes han sido enajenados. Todo lo que tiene, pues, que probar es que ha habido venta y cuál es el precio. Si los poseedores pretenden que no deben restituir todo el precio porque no han aumentado con él su capital corresponde á ellos probar este hecho, porque oponen una excepción al ausente y se convierten en demandantes en cuanto á esta excepción. Esta decisión también está fundada en la equidad. Regularmente el precio aprovecha al vendedor, porque en su provecho es como vende. De aquí que el ausente deba tener el derecho de reclamar el precio de sus bienes que han sido enajenados, salvo que los poseedores asienten que no se han aprovechado de todo el precio. En verdad sólo ellos se hallan en estado de rendir esta prueba; es justo, por lo mismo, que la ley se las imponga. (2)

236. El art. 132 añade: «O los bienes que procedan del

1 Esta es la opinión común (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 594 y 596).

2 Consúltese á Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, ps. 185 y siguientes, núm. 171.

empleo que se hubiese hecho del precio de sus bienes vendidos. Esta disposición ha dado margen á diversas interpretaciones. (1) Unos ven en esto una alternativa á elección de los poseedores; éstos tendrían, de consiguiente, el derecho de restituir, ya el precio, ya los bienes que hubieren adquirido con el precio. Debe rechazarse esta opinión porque conduciría á consecuencias que están en pugna con el principio establecido por la ley. Si los bienes valían más que el precio los poseedores restituirían éste y aumentarían su capital, en consecuencia, á costa del ausente; ahora bien, si no deben perder tampoco deben lucrar. Otros autores distinguen. Si ha sido hecha por los poseedores una declaración de empleo el ausente tiene derecho á los bienes adquiridos en nuevo empleo y también debe tomarlos. Nos parece que esta opinión se coloca fuera del texto de la ley y fuera de la realidad de las cosas. El texto no habla de *nuevo empleo* ni de *declaración* de nuevo empleo, y eso por una razón excelente. ¿Cómo se quiere que los poseedores piensen en hacer declaraciones de nuevo empleo? Esto se comprende bajo el sistema de la comunidad legal cuando un cónyuge vende un inmueble que le es propio y que después el marido compra otro con el producto de la venta, porque en ese caso debe hacerse necesariamente la restitución del precio, y el cónyuge que ha vendido puede preferir que se haga nuevo empleo del precio. ¿Pero cómo se quiere que después de cuarenta ó cincuenta años de ausencia los poseedores piensen todavía en la obligación en que estarían de restituir el precio si regresara el ausente? Dejemos ahí todas esas hipótesis y atengámonos al texto y al espíritu de la ley. Cuando ha habido empleo del precio, dice el art. 132, el ausente recobra los

1 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. II, ps. 191 y siguientes, núm. 174.

bienes que procedan del empleo. ¿Por qué los bienes y no el precio? Porque el principio es que los poseedores restituyen en tanto que han aumentado su capital. ¿Y con qué lo aumentaron cuando hicieron empleo del precio? Con los bienes que han comprado. De consiguiente, estos bienes son los que puede reclamar el ausente en toda hipótesis, sin distinción alguna.

237. ¿Qué debe decidirse si los poseedores han dispuesto de los bienes á título gratuito? ¿Están obligados á restitución? Según el texto y el espíritu de la ley debe contestarse negativamente. Ya no hay precio; en consecuencia, ya no hay empleo; permanecemos, consiguientemente, bajo el imperio de la disposición general que exige que el ausente recobre sus bienes en el estado en que se hallen. Los poseedores no han aumentado su capital al donarlos; de consiguiente, á nada están obligados. Admítase, empero, una excepción á esta decisión cuando los bienes han sido dados en dote. Esta excepción se funda en la obligación natural impuesta al padre de dotar á sus hijos. No es suficiente este motivo. El padre no puede estar obligado á dotar á sus hijos (art. 204); al dotarlos no satisface, pues, una deuda: por tanto, no medra en ese sentido. Con todo eso la opinión general se justifica con el principio que sigue el Código en esta materia. Los poseedores están obligados en tanto que medran. Medran de hecho cuando para dotar á un hijo le dan bienes del ausente en vez de los suyos propios, porque ahorran su patrimonio y lo conservan. Eso supone que habrían dado y donado el mismo dote aunque no hubiesen disfrutado de los bienes del ausente. Pueden sostener, y con razón, que creyéndose propietarios del patrimonio del ausente y, por ende, ricos han dado un dote que no habrían dado ó lo habrían dado menor si no se hubiesen creído propietarios. A ellos corresponde probar estas alegaciones; si rinden la prueba no

deberán restituir más que dentro del límite en que hayan medrado, economizando su propio patrimonio. (1)

§ II.—DERECHOS DE LOS HIJOS DEL AUSENTE.

238. Es raro que el ausente regrese después de la posesión definitiva. Un caso, que no será tan raro, dice Bigot-Prémeneu, es aquel en que el ausente tiene una posteridad cuya existencia no hubiere sido conocida durante los treinta y cinco años que, cuando menos, deben transcurrir antes de que los otros presuntos herederos hayan sido definitivamente puestos en posesión. Ausentes también los hijos ó descendientes del ausente llegan á la patria de su padre y encuentran parientes colaterales en posesión de los bienes que aquél ha dejado. ¿Cuál es su derecho? El art. 133 contesta que podrán pedir la restitución de sus bienes dentro de treinta años contados desde la posesión definitiva. Se supone que ya no vive el ausente ó, cuando menos, se ignora si vive todavía, porque si viviese recobraría sus bienes, como expresa el art. 132. Se supone también que no se tiene la prueba de la defunción del ausente; si éste ha muerto sus hijos son sus más próximos herederos, suceden á su padre y proceden contra los poseedores en virtud del art. 130. El art. 133 no prevee ninguna de estas hipótesis; los descendientes del ausente no invocan otro título que su descendencia; basta esto para que sean preferidos á los colaterales. Así es como explica la ley el Orador del Gobierno. (2) Resulta de ahí que la única prueba que tienen que rendir es la de su filiación; esta calidad es la que les da un título preferente para obtener la posesión de los bienes de su padre.

1 Esta es la opinión de Durantón, t. I, p. 408, núm. 506, seguida por todos los autores.

2 Exposición de los motivos, núm. 30 (Loché, t. II, p. 259).

La acción de los descendientes tiende, pues, á obtener la posesión de los bienes; son poseedores privilegiados. ¿En qué consiste ese privilegio? ¿No tienen derecho á la posesión conforme á los principios del derecho común? Es cierto que los parientes más próximos del ausente, el día de la desaparición de éste, deben obtener de preferencia la posesión definitiva, y los descendientes son los herederos más próximos. Pero según el derecho común deberían promover dentro de los treinta años á contar de la posesión provisional, mientras que el art. 133 les permite promover dentro de los treinta años contados desde la posesión definitiva.

Si los descendientes son privilegiados cuando se les compara con los colaterales no sucede lo mismo cuando se les compara con su padre. El derecho del ausente es imprescriptible, mientras que el de sus descendientes prescribe á los treinta años. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? El Orador del Gobierno la ha explicado en la Exposición de los Motivos. A partir de la posesión definitiva los colaterales poseen como propietarios; mejor dicho, son propietarios; si además de esto poseen durante treinta años, el mayor tiempo requerido para la prescripción, deben tener el derecho de oponerse hasta á los descendientes. Esto supuesto ya no hay razón para que sea imprescriptible la acción de los descendientes. (1) No sucede así respecto del ausente. Si regresa, cualquiera que sea la época, se desvanecen los derechos de sus presuntos herederos, que no son ya más que detentadores precarios y, por tanto, no pueden invocar prescripción alguna. En cuanto á los descendientes del ausente no son detentadores precarios; de aquí que puedan prescribir. (2)

1 Loché, *Legislación civil*, t. II, p. 259, núm. 31.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 331 y siguientes, núm. 2 del art. 133.

239. ¿Cuál es la amplitud de los derechos ejercitados por los descendientes del ausente? El art. 133 contesta la cuestión: «Piden la restitución de sus bienes, como se dice en el artículo precedente.» Quiere decir que recobran los bienes de su padre en el estado en que se hallen; se aplica a los hijos lo que antes hemos dicho del ausente que regresa. No puede ser cuestión de restituir los frutos, puesto que los poseedores definitivos ganan todos los frutos que perciben.

### § III—DERECHOS DE LOS PARIENTES COLATERALES.

240. Supóngase que hay parientes más cercanos que los que obtuvieron la posesión definitiva. ¿Tienen también acción contra los poseedores? Verdad es que no tienen la acción privilegiada que la ley concede á los descendientes del ausente. Por lo mismo que el art. 133 sanciona un privilegio debe limitarse á aquellos en cuyo beneficio lo establece la ley. Es decir, que los demás parientes permanecen en el derecho común. Pueden invocar el art. 130, de que acabamos de hablar, si se presentan como herederos. ¿Pero pueden también pedir la posesión de preferencia á los que la han obtenido probando que son presuntos herederos el día de la desaparición del ausente? Es cierto que pueden promover durante el segundo período; su derecho resulta del art. 120, que llama á la posesión de los bienes del ausente á sus herederos más próximos el día de su desaparición ó el de sus últimas noticias. ¿Pero tienen también ese derecho después de la posesión definitiva? En general no, porque regularmente habrá prescripto su derecho. Comienza con la posesión provisional; como todo derecho debe ser ejercitado dentro de los treinta años. Ahora bien, la posesión definitiva se declara cuando la ausencia ha continuado durante treinta

años después de la posesión provisional. De consiguiente, después de la posesión definitiva prescribirá el derecho de los parientes. Podría objetarse que no siendo más que depositarios los poseedores provisionales no tienen calidad para prescribir. A eso contestan los autores que son detentadores precarios con relación al ausente, pero que respecto de terceros poseen como propietarios. Nosotros no admitimos esa doctrina; con todo eso sostenemos la opinión general en lo que concierne á la prescripción. Los colaterales que solicitan la posesión de preferencia á los poseedores no obran como propietarios, no reclaman; no proceden sino como herederos en el sentido de que no intentan la acción solicitando la herencia; se presentan como los parientes más próximos y bajo ese título reclaman la posesión. (1) Los que han obtenido la posesión no invocan un derecho de propiedad ni una posesión á título de propietarios, invocan el principio general de la prescripción; rechazan á los demandantes porque no han procedido dentro de los treinta años á contar de la posesión provisional.

Puede suceder, sin embargo, que no prescriba la acción de los parientes más próximos. La posesión es declarada cuando han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente (art. 129), aun cuando no haya durado treinta años la posesión provisional. En ese caso los presuntos herederos el día de la desaparición del ausente pueden promover si están todavía dentro de los treinta años. Poco importa que haya sido declarada la posesión definitiva; esta posesión no da ningún título á los parientes que la han obtenido, los llama á la posesión como presuntos herederos; si no son presuntos herederos deben ceder la posesión á

1 Merlín dice que su acción es una acción en solicitud de herencia (*Repertorio*, en la palabra *Ausente*, art. 120, núm. 4, t. I, p. 57).

los que son los verdaderos herederos, con tal de que no haya prescrito la acción.

241. ¿Procede en ese caso la restitución de los frutos? Si la acción es intentada después de la posesión definitiva los poseedores no restituyen los frutos; si no los restituyen<sup>1</sup> ni aun al ausente, con menos razón pueden restituirlos á los parientes colaterales. Pero si la acción es intentada durante la posesión provisional los poseedores deben restituir los frutos en la proporción que establece el art. 127. No hay para qué decir que los poseedores conservan los frutos que la ley les aplica, los cuatro quintos ó los nueve décimos de los frutos que han percibido después de la posesión provisional. Los ganan porque han administrado; poco importa que haya habido herederos más próximos; faltaron por no haberse presentado y no tienen ningún título para reclamar los frutos que han sido percibidos como resultado de una administración á la que han permanecido extraños. Empero puede preguntarse si los poseedores deben restituir también el quinto ó el décimo. El texto del art. 127 no habla más que de la restitución que se hace al ausente cuando regresa. Ya hemos contestado á la objeción: la restitución de los frutos debe hacerse á los que tienen el derecho de reclamar los bienes. Hay, no obstante, una razón para dudar. ¿No puede decirse que los poseedores poseen como herederos; que los parientes más próximos que piden la posesión de preferencia obran también como presuntos herederos y que por, lo mismo, deben aplicárseles los principios sobre la petición de herencia? Ahora bien, el poseedor manifiesto de la sucesión gana todos los frutos. ¿No debe concederse igual derecho á los poseedores? La cuestión está debatida calurosamente por los autores; (1) y en la doctrina general realmente es dudosa.

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 326-332.

Debería decidirse en favor de los poseedores si fuera cierto que poseen como propietarios, si lo fuera que la acción intentada contra ellos por parientes más cercanos es una acción en solicitud de herencia. Si se admite la opinión que hemos sostenido la cuestión no puede ni aun establecerse. Hay en litigio parientes llamados á administrar; no es cuestión ni de propiedad ni de solicitud de herencia. De consiguiente, por los principios sobre la ausencia admitidos en el art. 127 es como debe decidirse cuáles son los derechos y las obligaciones de los poseedores cuando deben restituir los bienes.

#### § IV.—DERECHOS DE LOS HEREDEROS DEL AUSENTE.

242. El ausente fallece; según el art. 130 su sucesión se abre el día en que se pruebe su defunción. ¿Quién será llamado á recogerla? Los herederos más próximos en esta época, contesta la ley. Si los poseedores son los herederos más próximos se reparten los bienes del ausente; si son otros parientes los poseedores deben restituirles los bienes de que han disfrutado. La aplicación del art. 130 no sufre dificultad alguna cuando se abre la sucesión durante la posesión provisional, pero los autores y la jurisprudencia están divididos sobre la cuestión de saber si debe aplicarse esta disposición al tercer período. Bajo el punto de vista de los principios, y haciendo abstención de los textos, no hay en ello la menor duda. Cuando fallece una persona su sucesión se abre en beneficio de sus herederos. ¿Por qué no había de ser así si el difunto está ausente y hay parientes poseedores definitivos de sus bienes? ¿Acaso la posesión, siendo definitiva, da un derecho á los que la han obtenido, derecho que pueden oponer á los verdaderos herederos? Al contrario, se supone que ellos, los poseedores, son los verdaderos herederos que han obtenido la posesión. Pero si hay parientes más cercanos entonces los

poseedores carecen de derecho; su título supuesto se desvanece ante el título real, cuando justificada la defunción hace cesar la ausencia y substituye la posesión con la partición de la herencia.

Empero un talento superior, Zachariæ, sostiene que el art. 130 no concierne al tercer período. (1) Su opinión no ha encontrado eco; los traductores del escritor alemán han abandonado en este punto su parecer. Los textos no presentan realmente más duda que el espíritu de la ley. Verdad es que en la redacción primitiva el art. 130 decía expresamente: "En caso de defunción justificada del ausente, durante la posesión provisional." Estas últimas palabras fueron suprimidas, pero el texto conserva todavía una huella de la redacción primitiva, porque el art. 130 añade al final que los poseedores restituyen los bienes á los herederos más próximos, *con las reservas de los frutos por ellos adquiridos en virtud del art. 127.* Ahora bien, después de la posesión definitiva ya no há lugar á una cuenta de frutos; de donde se deduce que debe limitarse el art. 127 á la posesión provisional. Se contesta, y la respuesta es concluyente, que esto es dar al final del art. 127 una extensión que no tiene. El art. 127 está concebido en términos generales, se aplica ciertamente á la posesión provisional; en ese caso habrá lugar á una cuenta de frutos. Si la sucesión se abre durante la posesión definitiva los poseedores guardarán todos los frutos. Previendo las dos hipótesis en una misma disposición la ley debía decir, como lo hace, *con las reservas de los frutos*; eso no implica que los frutos deban siempre ser restituidos, quiere decir solamente que podrá haber lugar á la restitución. (2)

243. Hay una razón particular y decisiva por la cual el

1 Zachariæ, t. I, p. 310, pfo. 157 y la nota de Aubry y Rau, p. 312  
2 Valette sobre Proudhon, t. I, ps. 336-338.

Código debía hablar de la restitución de los frutos. La acción del art. 130 es sin disputa una acción en solicitud de herencia. Resulta de esto que los demandantes deben probar primero la muerte del ausente y después su grado de parentesco. ¿Pero deben aplicarse los principios de la petición de herencia en lo que concierne á los derechos de los demandados? Si se les aplicara los poseedores ganarían todos los frutos, aun durante la posesión provisional. Esto es lo que el legislador no ha querido, y con razón. Porque, según el rigor de los principios, los poseedores provisionales no son poseedores de la herencia, sólo son depositarios y administradores; como tales no tienen derecho á los frutos sino dentro de los límites determinados en el art. 127.

El art. 130 no dice que los herederos tomen los bienes en el estado en que se encuentren, así como lo expresa el art. 132 respecto del ausente cuando regresa después de la posesión definitiva, y el art. 133 respecto de los descendientes del ausente. ¿Debe deducirse de esta diferencia de redacción que las relaciones de los herederos y de los poseedores no están regidas por el principio de los arts. 132 y 133? Así se ha dicho, pero el art. 130 prueba que no es tal la mente del legislador. Este artículo aplica á los poseedores los principios de la ausencia en cuanto á los derechos que pueden pretender sobre los frutos; es necesario aplicarles los mismos principios cuando se trata de determinar sus derechos y sus obligaciones en cuanto á la restitución de los bienes. El espíritu de la ley no deja duda alguna. ¿Se concibe que los herederos del ausente sean tratados con más favor que el ausente mismo ó sus descendientes? (1)

244. ¿En qué plazo deben intentar su acción los here-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 574.



deros del ausente? No hay que decir que esta acción es prescriptible, á diferencia de la del ausente. ¿Pero á contar de qué momento comienza á correr la prescripción? Acerca de este punto hay serias dificultades. Recordemos primero los principios generales que rigen la prescripción. La acción en demanda de herencia dura treinta años, pero supone que los demandados poseen á título de propietarios. Después de eso debe decirse que la prescripción comienza á correr desde el día en que los poseedores empezaron á poseer con ese título. Si después de la posesión definitiva está abierta la sucesión del ausente no hay duda alguna en ello: los poseedores poseen á título de propietarios; en consecuencia, prescriben. ¿Pero qué debe decidirse si fallece el ausente durante el segundo período? ¿Corre la prescripción durante la posesión provisional? Siguiendo la opinión general se contesta que los poseedores provisionales pueden prescribir, puesto que, respecto de terceros, poseen á título de propietarios en el sentido de que poseen para sí mismos con el designio de apropiarse y conservar los bienes que retienen. (1) En nuestro sistema no podemos aceptar esta respuesta. Según el rigor de los principios los poseedores no son propietarios respecto de terceros, ni poseedores á título de propietarios. En realidad ¿cuál es su título? El fallo que los pone en posesión; ahora bien, este fallo no les confiere más que el depósito; como depositarios no pueden prescribir. ¿Debe decirse, en consecuencia, que durante toda la posesión provisional no corre la prescripción y que ésta no empieza á correr si no es á contar de la posesión definitiva?

Creemos que los poseedores no pueden ser considerados como herederos; en efecto, no poseen como herederos

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, ps. 332 y siguientes, y la nota de Valette; Mourlón, *Repeticiones*, t. I, ps. 251 y siguientes.

principales con la intención de ser propietarios. De aquí que no haya lugar á la verdadera demanda de herencia; los demandantes proceden ciertamente en calidad de herederos, pero los demandados no poseen como tales. No estamos, de consiguiente, bajo el imperio de los principios que rigen la prescripción adquisitiva. Más bien deben aplicarse los principios de la prescripción extintiva y decidir que la acción de los herederos debe intentarse dentro de los treinta años contados desde la apertura de la sucesión, por aplicación del artículo 789 que dice que el derecho de aceptar ó renunciar una herencia, es decir, el derecho hereditario, prescribe á los treinta años.