

que ofrezca el opositor y por los que el mismo juez crea oportunos. (Art. 724. Cód. civ.) (1)

La trascendental importancia de la declaracion de ausencia exige su publicidad, tanto para que llegue á noticia del ausente, y evite sus efectos, como para que, si hay algunas personas que puedan dar noticia de la existencia de éste, las comuniquen á la autoridad judicial y se enerven medidas que le perjudican de alguna manera. Así es, que la declaracion se debe publicar tres veces en los periódicos con intervalo de quince días, remitiéndose copia á los cónsules para su publicidad en el extranjero; y ambas publicaciones se deben repetir de cinco en cinco años hasta que se declare la presuncion de muerte. (Art. 725, Cód. civ.) (2)

Ya se deja entender que la importancia del juicio de declaracion de ausencia no permite que el fallo que en él se pronuncie cause ejecutoria, sino que tiene las mismas instancias que el Código de Procedimientos otorga á los negocios de más interes. (Art. 726, Cód. civ.) (3)

#### IV.

##### De los efectos de la declaracion de ausencia.

La declaracion de ausencia, segun hemos dicho, altera el orden de cosas establecido, produciendo mutaciones radicales, ya con relacion á la persona del ausente, ya respecto de sus bienes.

Su silencio prolongado por tanto tiempo, no obstante el llamamiento judicial tantas veces repetido, hace que predomine la presuncion de su muerte; pues no puede explicarse de otra manera la carencia absoluta de sus noticias.

Este cambio debe producir naturalmente varios é importantes efectos de cuyo estudio vamos á ocuparnos.

(1) Artículo 626, Código civil de 1884.

(2) Artículo 627, Código civil de 1884.

(3) Artículo 628, Código civil de 1884.

Como en este segundo periodo predomina sobre la presuncion de la existencia del ausente la de su muerte, sin que por ella se tenga tal hecho como una verdad, la declaracion judicial de la ausencia, abre provisionalmente la sucesion de aquel á contar desde la fecha de su desaparicion, ó desde aquella en que se hubieren recibido sus últimas noticias; y con la misma calidad pueden ejercitar sus acciones todas aquellas personas que tienen sobre los bienes del ausente derechos subordinados á su muerte.

Por esta presuncion dominante en el segundo período, de cuyo estudio nos ocupamos, tiene obligacion la persona en cuyo poder se encuentre el testamento cerrado del ausente, como en los casos de una muerte real, de presentarlo al juez dentro de quince días, contados desde la última publicacion del fallo que contiene la declaracion de ausencia: y el juez, de oficio ó á instancia de cualquiera que se crea interesado en el testamento, abrirá este en presencia del representante del ausente, con citacion de los que promovieron la declaracion de ausencia y con las demás solemnidades prescritas para la apertura de los testamentos cerrados. (Arts. 727 y 728. Cód. civ.) (1)

El ejercicio de los derechos sobre los bienes del ausente subordinados á la condicion de su muerte dá lugar á la posesion provisional de esos bienes, la que puede ser solicitada por los poseedores de esos derechos, esto es, por las personas que tienen interes en la apertura de la sucesion del ausente.

Por tanto, pueden pedir la posesion provisional:

1.º Los herederos testamentarios y los legítimos del ausente al tiempo de su desaparicion ó de aquel en que se hayan recibido sus últimas noticias: (Art. 729, Cód. civ.) (2)

2.º Los legatarios:

3.º Los donatarios:

4.º Todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos que dependan de la muerte ó presencia de éste: (Art. 737, Cód. civ.) (3)

(1) Artículos 629 y 630, Código civil de 1884.

(2) Artículo 631, Código civil de 1884.

(3) Artículo 639, Código civil de 1884.

5.º A falta de los anteriores, el Ministerio público por la hacienda pública. (Art. 743, Cód. civ.) (1)

Los efectos de la declaracion de la ausencia relativamente á la apertura provisional de la sucesion del ausente se remontan hasta la fecha de su desaparicion ó de aquella en que se recibieron sus últimas noticias; porque no hay ninguna prueba de que haya vivido despues, y porque no hay ningun dato cierto para precisar la fecha del fallecimiento.

Por tanto, los individuos que habrian sido los herederos del ausente á haber fallecido el día de su desaparicion ó de sus últimas noticias se convierten por efecto de la declaracion de ausencia en herederos provisionales, y deben ser puestos en la posesion provisional de los bienes de aquel. (Art. 729, Cód. civ.) (2)

El derecho de sucesion existe desde el momento de la desaparicion del ausente ó desde la fecha de sus últimas noticias, bajo la condicion suspensiva de la declaracion de la ausencia; pero por más que ese derecho sea condicional es transmisible á los herederos del individuo que lo posee.

De donde se infiere, que, si los herederos testamentarios ó legítimos del ausente el día de su desaparicion ó de sus últimas noticias, mueren ántes de la declaracion de ausencia, transmiten á sus herederos testamentarios ó legítimos el derecho de pedir y obtener la posesion provisional.

En consecuencia, el derecho para obtener ésta pertenece á los herederos del ausente el día de la desaparicion de éste ó de sus últimas noticias, si viven en la fecha de la declaracion de ausencia, y en caso contrario á sus propios herederos testamentarios ó legítimos, con preferencia á otros herederos del ausente aun cuando sean de grado más próximo.

Así, por ejemplo, supongamos que el ausente tenia en el momento de su desaparicion ó de sus últimas noticias dos primos, y que uno de estos ha muerto dejando hijos: si se considerara el parentesco el día de la declaracion de ausencia, habria que excluir á los hijos del

(1) Artículo 645, Código civil de 1884.

(2) Artículo 631, Código civil de 1884.

difunto, en virtud del principio que llama á las sucesiones á los parientes más próximos con exclusion de los más remotos; pero remontando la presuncion de muerte del ausente hasta la fecha de su desaparicion ó de sus últimas noticias, es evidente que el difunto tenia derecho á la sucesion y que al morir lo trasmitió á sus herederos.

Este ejemplo, enteramente arreglado á las prescripciones de la ley nos demuestra, que en virtud del efecto retroactivo de la declaracion de ausencia puede obtener la posesion provisional de los bienes del ausente una persona enteramente extraña á él, si ha sido instituida heredera del que lo era de aquel el día de su desaparicion ó de sus últimas noticias.

Supongamos el caso en que el ausente tenia un hermano en las fechas indicadas, el cual murió ántes de la declaracion de ausencia, instituyendo su heredero á un amigo suyo, enteramente extraño á la familia. En este caso no pueden pretender la posesion provisional los parientes del ausente con perjuicio de dicho individuo, aunque no estuviera ligado con ningun vínculo de parentesco con éste, y por lo mismo, no fuera su heredero presuntivo en las fechas indicadas; porque es sucesor del hermano del ausente, cuyo derecho le trasmitió.

La apertura del testamento cerrado se funda en los mismos motivos que la posesion provisional, y el derecho hereditario que la ley otorga á los parientes del ausente, en la voluntad presunta de éste; pero la apertura del testamento no podia verificarse, segun el orden natural, ni existir ese derecho, ántes de la muerte del ausente.

Pero si por efecto de la declaracion de ausencia se ha anticipado la demostracion del fallecimiento de éste, mediante la presuncion legal de su verificativo que dá lugar á la posesion provisional, no hay motivo por qué no otorgarla á los legatarios.

Esta es la razon por la cual tambien se otorgó igual derecho á los donatarios y en general á todos los que tienen sobre los bienes del ausente derechos que dependen de la muerte ó presencia de éste: como el donante que ha estipulado que los bienes donados vuelvan á su dominio, si el donatario muere ántes que él, y el propietario de un fundo cuyo usufructo corresponde al ausente; pues extinguiéndose el usufructo por la muerte del usufructuario, es claro que la consolidacion de la propiedad está subordinada á la muerte del ausente.

Pero como pudiera acontecer que los presuntos herederos del ausente no hicieran gestión alguna para obtener la posesion provisional, el Ministerio público, defensor de los intereses de la sociedad y del ausente, puede pedir, ó la continuacion del representante, ó la eleccion de otro, que en nombre de la hacienda pública, éntre en la posesion provisional con arreglo á la ley, pues el fisco hereda, segun ella, á falta de herederos testamentarios ó legítimos. (Art. 743, Cód. civ.) (1)

Cuando los bienes del ausente admiten cómoda division y son varios los herederos, cada uno administra la parte que le corresponde, y en caso contrario eligen ellos mismos un administrador general; y si no se ponen de acuerdo, el juez le nombra, escogiéndole entre los mismos herederos: pero si una parte de los bienes es cómodamente divisible y otra no, se nombra el administrador general respecto de esta (Arts. 730 á 732, Cód. civ.) (2)

Los herederos que no administran tienen derecho de nombrar un interventor, que tiene las facultades y obligaciones de los curadores y los honorarios que la ley señala á éstos, pero pagados por las personas que le nombran. (Art. 733, Cód. civ.) (3)

Los herederos á quienes se otorga la posesion provisional, reciben los bienes del ausente para guardarlos y administrarlos, pero con la obligacion de restituirlos si regresa, si ha instituido otros herederos, ó si se presentan parientes en grado más próximo, y por tanto, con mejor derecho.

En otros términos, los herederos que reciben la posesion de los bienes del ausente no son propietarios de ellos, sino encargados de guardarlos y administrarlos, con obligacion de restituirlos si el ausente se presenta, ó se prueba su existencia ántes de que sea declarada la presuncion de su muerte; pero percibiendo la mitad de los frutos y rentas de ellos, en recompensa de su administracion. (Art. 745, Cód. civ.) (4)

(1) Artículo 645, Código civil de 1884.

(2) Artículos 632 á 634, Código civil de 1884.

(3) Artículo 635, Código civil de 1870. Reformado su último inciso en los términos siguientes: "Su honorario será el que le fijen los que le nombren, y se pagará por éstos."

(4) Artículo 647, Código civil de 1884.

Por ese motivo están obligados á dar fianza que asegure las resultas de ésta, si fueren mayores ó estuvieren emancipados, pues si estuvieren bajo la patria potestad ó la tutela, deben prestar la garantía el padre ó el tutor; y tienen respecto de los bienes que reciban las mismas facultades y restricciones que éste. (Arts. 729 y 734, Cód. civ.) (1)

Por esta misma razon, cuando son varios los herederos que reciben la posesion provisional, tiene cada uno la obligacion de dar la garantía que corresponde á la parte de bienes que administra; los legatarios, donatarios y todos los que ejercitan derechos sobre los bienes del ausente dependientes de la muerte ó ausencia de éste, tienen que dar la misma garantía que los tutores para que entren al ejercicio de la tutela; y los que tienen con relacion al ausente obligaciones que deben cesar con la muerte de éste, pueden suspender su cumplimiento, pero mediante la misma garantía. (Arts. 735, 737 y 738, Cód. civ.) (2)

Finalmente, en el caso de que los herederos nombren un administrador general, porque los bienes cuya posesion se les otorga no admiten cómoda division, el administrador tiene obligacion de dar la garantía legal. (Art. 736, Cód. civ.) (3)

Si las personas obligadas á otorgar la garantía no pueden hacerlo, el juez les debe conceder el plazo de tres meses; y si al vencimiento de ese plazo no les fuere posible satisfacer esa obligacion, puede el mismo juez, segun las circunstancias de las personas y de los bienes, disminuir el importe de dicha garantía, pero de modo que no baje de la tercia parte de los siguientes valores: (Art. 739, Cód. civ.) (4)

1.º El importe de las rentas de los bienes raices y réditos de los capitales impuestos:

2.º El de los bienes muebles y de los enseres y semoviente de las fincas rústicas:

3.º El producto de las mismas fincas, graduados por peritos ó por el término medio de un quinquenio, á eleccion del juez:

(1) Artículos 631 y 636, Código civil de 1884.

(2) Artículos 637, 639 y 640, Código civil de 1884.

(3) Artículo 638, Código civil de 1884.

(4) Artículo 641, Código civil de 1884.

4.º El de las utilidades anuales en las negociaciones mercantiles ó industriales, calculadas por los libros, si están llevados en debida forma.

Entre tanto se otorga la expresada garantía, no cesa la administración del representante; pues no se entrega la posesión provisional si no es garantizando la devolución de los bienes del ausente y la mitad de sus productos y rentas. (Art. 740, (Cód. civ.) (1))

Por razones que es muy fácil comprender, no están obligados á dar garantía:

1.º El cónyuge que, como heredero, éntre en la posesión de los bienes del ausente por la parte que en ellos le corresponda:

2.º El ascendiente que éntre en la posesión como heredero ó que administre los bienes de sus descendientes menores en el ejercicio de la patria potestad por la parte que á éstos ó á él corresponda. Si hubiere legatarios, el ascendiente y el cónyuge tienen obligación de dar la garantía legal por la parte que á éstos corresponda, si no hubiere división, ni administrador general. (Art. 741, Cód. civ.) (2)

De lo que hemos dicho se infiere, que durante la posesión provisional los herederos son realmente administradores de los bienes que reciben, y por tanto, que solo pueden ejecutar válidamente por sí solos, actos de mera administración.

Los actos que ejecutan fuera de los límites de sus facultades como administradores son nulos respecto del ausente; pero si no regresa ni se tienen noticias suyas y se ignora la época de su muerte, tales actos son válidos para las personas que los celebraron, porque los herederos que poseían los bienes del ausente se convierten en propietarios de ellos por la declaración de la presunción de la muerte de éste.

Parece inútil entrar en mayores detalles acerca de la validez de los actos de los herederos que han obtenido la posesión provisional de los bienes del ausente, porque teniendo respecto de ellos las mismas obligaciones, facultades y restricciones de los tutores, nos basta referirnos á cuanto hemos dicho respecto de los actos de éstos que impor-

(1) Artículo 642, Código civil de 1884.

(2) Artículo 643, Código civil de 1884.

tan enajenación y los que son meramente administrativos, para estimarla.

Todo administrador de bienes ajenos tiene el ineludible deber de dar cuenta de su manejo; de donde se infiere que el representante encargado de la administración de los bienes del ausente en el primer período, tiene obligación inexcusable de dar cuenta de ésta y entregar los bienes que recibió. Por eso es que la ley les impone la obligación de cumplir con ese deber dentro de los plazos señalados en idéntico caso á los tutores, cuyos plazos se deben contar desde el día en que el heredero haya sido declarado con derecho á la posesión provisional. Y como todo deber supone necesariamente la existencia de un derecho para hacerlo efectivo, los herederos que han obtenido dicha posesión lo tienen para exigir al representante del ausente las cuentas de su administración. (Art. 742, Cód. civ.) (1)

Como la muerte extingue los derechos meramente personales, y permite la trasmisión de aquellos que están en nuestros bienes y forman parte de nuestro patrimonio, es evidente que muerto el heredero que obtuvo la posesión provisional, le sucedan sus herederos en la parte que le haya correspondido, bajo las mismas condiciones y garantías. (Art. 744, Cód. civ.) (2)

La posesión provisional puede considerarse en cuanto á sus efectos bajo dos aspectos diferentes, esto es, respecto del ausente, y con relación á terceras personas que tienen derechos que ejercitar contra los bienes de éste.

Habiendo examinado los efectos de la posesión provisional bajo el primer aspecto, vamos á ocuparnos de ellos considerándola relativamente á los derechos de terceros.

Durante el primer período de la ausencia, los acreedores del ausente obran personalmente contra él, pero una vez hecha la declaración de ausencia y otorgada la posesión provisional, aquel tiene en sus herederos presuntivos mandatarios que le representan y contra quienes deben ejercitar sus acciones los acreedores.

La posesión provisional es la imagen de la sucesión universal á título de herencia, y comprende todo el patrimonio del ausente con

(1) Artículo 644, Código civil de 1884.

(2) Artículo 646, Código civil de 1884.

sus derechos y obligaciones. De donde se infiere, que los herederos presuntivos que la obtienen, adquieren el derecho de perseguir á los deudores para el reembolso de los créditos, de exigir cuentas de los administradores de los bienes del ausente, y á su vez están obligados á satisfacer los créditos de éste y á contestar las demandas promovidas en su contra.

En apoyo de esta teoría tenemos el artículo 742 del Código civil, que otorga derecho á los herederos que obtienen la posesion provisional, de pedir cuentas al representante del ausente, y le impone á éste la obligacion de rendirlas dentro de un plazo perentorio, y de entregar los bienes que recibió en administracion. (1)

De lo expuesto se infiere, que respecto de terceras personas, no pueden considerarse los poseedores de los bienes del ausente como simples depositarios, supuesto que éstos no pueden ejercitar las acciones que solo competen á los propietarios.

Sin embargo, la obligacion que tienen de restituir los bienes del ausente, si se presenta ó si se tienen noticias de su existencia ántes de ser declarada la presuncion de su muerte, ejerce una poderosa influencia sobre sus derechos con relacion á terceras personas, porque es imposible equipararles de una manera absoluta con los herederos y aplicarles el principio de derecho que dice: "*qui se semel est hæres nunquam desinit esse hæres,*" supuesto que están obligados á la restitucion aun despues de obtener la posesion definitiva de los bienes, y por tanto, no pueden ser demandados como herederos sino como poseedores de tales bienes. (Art. 745, Cód. civ.) (2)

La aplicacion de este principio produce una consecuencia importante, pues conduce á establecer que los herederos que obtienen la posesion provisional de los bienes del ausente solo están obligados á pagar los créditos de éste hasta el valor concurrente de los bienes que reciben, á diferencia de cuando se trata de una verdadera sucesion hereditaria que obliga á los herederos, si la aceptan sin el beneficio de inventario, á responder á las obligaciones del difunto, no solo con los bienes hereditarios, sino tambien con los suyos propios.

(1) Artículo 644, Código civil de 1884.

(2) Artículo 647, Código civil de 1884.

La posesion provisional, como su nombre lo indica, tiene necesariamente un término que hace cesar sus efectos, pues solo existe á condicion de que continúe la condicion que haga presumir la muerte del ausente.

Por este motivo señala el artículo 745 del Código, las siguientes causas que ponen término á la posesion provisional:

1.ª El regreso del ausente, pues entonces cesa la causa que motivó la posesion:

2.ª La prueba de su existencia, pues desde que se obtiene cesan de pleno derecho los efectos de la declaracion de ausencia.

Además de estas causas, cesa la posesion provisional por las siguientes, que aunque no se hallan consignadas en la ley, están en el orden natural de las cosas:

1.ª La muerte del ausente.

En este caso se debe distinguir. Si los que obtuvieron la posesion son instituidos ó declarados sus herederos, no se consideran como administradores de los bienes, sino como propietarios de ellos, y por lo mismo, cesa la situacion anómala bajo la cual los poseían.

En caso contrario, se extingue el derecho en virtud del cual recibieron la posesion, y están obligados á restituir los bienes del ausente al heredero instituido, deduciendo la mitad de las rentas y frutos de ellos, con que les beneficia la ley.

2.ª Por la posesion definitiva que otorga la ley á los herederos presuntivos, pronunciado el fallo que declara la presuncion de muerte del ausente.

## V.

### De la administracion de los bienes del ausente casado.

Por prolongada que sea la ausencia de un individuo no disuelve el vínculo del matrimonio. (Art. 746, Cód. civ.) (1)

(1) Artículo 647, Código civil de 1884.