

donde se infiere que, si después de hecha la declaración de ausencia, se prueba que la muerte del cónyuge fué anterior á ella, solo son comunes los gananciales hasta la fecha del fallecimiento, y se debe devolver á los herederos lo que por tal título haya recibido de más el cónyuge presente. (Art. 754, Cód. civ.) (1)

Si durante la ausencia de un cónyuge se ausenta el otro, se procede respecto de los bienes de éste en los términos que explicamos en el artículo precedente: pero si la ausencia de ambos es simultánea, se procede á la separación de los bienes como hemos indicado, y se entregan á los herederos los que respectivamente les correspondan, según las reglas establecidas en el artículo mencionado. (Arts. 755 y 756, Cód. civ.) (2)

VI.

De la presunción de muerte del ausente.

Por lo expuesto en los dos artículos que preceden se comprenderá cuánto tiene de incierto el estado que produce la declaración de ausencia, y la necesidad que hay de fijarle un término por interés de los individuos que han obtenido la posesión provisional, y de la sociedad, que exigen que los bienes del ausente no permanezcan en una situación anómala que los aleja del comercio.

Ese término comienza cuando la presunción de la muerte del ausente llega á obtener casi la fuerza de la evidencia, cuando han transcurrido treinta años desde la declaración de ausencia y casi treinta y seis desde su desaparición de su domicilio. Término justo, porque es bastante prolongado para admitir como cierta la muerte del ausente por la falta absoluta de sus noticias, y atendiendo al período ordinario de la vida del hombre en nuestros climas; y porque fija una regla de orden público, coonestando hasta donde ha sido posible los intereses del mismo ausente y los de la sociedad.

(1) Artículo 656, Código civil de 1884.

(2) Artículo 657 y 658, Código civil de 1884.

Por este motivo declara el artículo 757 del Código civil, que cuando han transcurrido treinta años desde la declaración de ausencia, el juez debe declarar, á instancia de la parte interesada, la presunción de muerte. (1)

Aunque este precepto no lo dice, es evidente que la declaración del juez no debe recaer de plano sobre la petición de la parte que promueve, y que ha de precederle un juicio informativo con audiencia del Ministerio público; pues éste tiene por la ley obligación de velar por los intereses del ausente, debe ser oído en todos los juicios que tienen relación con él y en las declaraciones de ausencia y presunción de muerte. (Art. 776, Cód. civ.) (2)

Hecha la declaración de presunción de muerte del ausente, se debe proceder á la apertura del testamento de éste, si no se hubiere publicado ya con motivo de la declaración de ausencia: los poseedores provisionales deben dar cuenta de su administración, dentro de los plazos que la ley les otorga á los tutores con igual objeto, y los herederos y demás interesados entran en la posesión definitiva de los bienes sin garantía alguna, quedando cancelada la que se hubiere dado al obtener la posesión provisional. (Art. 758, Cód. civ.) (3)

Se entiende por personas interesadas para el efecto de adquirir la posesión definitiva, los herederos instituidos en el testamento y los legítimos que han obtenido la provisional, ó que estando asistidos de derecho para adquirirla no la solicitaron, porque muy bien puede suceder que los individuos que han obtenido tal posesión no tengan derecho á la definitiva.

Por ejemplo, cuando por error ó por cualquiera otra justa causa se otorgó la posesión provisional á parientes que no tenían derecho á ella por haber otros más próximos.

Declarada la presunción de muerte cesa la posesión provisional, así como las medidas prescritas durante el segundo período de la ausencia para garantizar los intereses del ausente, previendo su regreso.

En consecuencia, los individuos que obtuvieron la posesión provi-

(1) Artículo 659, Código civil de 1884.

(2) Artículo 678, Código civil de 1884.

(3) Artículo 660, Código civil de 1884.

sional están obligados á restituir los bienes que recibieron y á rendir cuenta de su manejo á los herederos que adquirieron la definitiva; pues aquellos, segun hemos dicho, tienen el carácter de administradores con derecho á hacer suya la mitad de los frutos y rentas de los bienes.

Cesa tambien la garantía otorgada por los que obtuvieron la posesion provisional para asegurar la restitucion de los bienes del ausente, ya sea que ocurran herederos de grado más próximo, ya sea que aquellos obtengan la posesion definitiva, porque en uno y en otro caso dejan de tener los que recibieron los bienes la calidad de administradores de ellos.

Pero hay que advertir que la garantía otorgada conforme á la ley por los poseedores provisionales de los bienes del ausente, cesa de pleno derecho por la declaracion de la presuncion de muerte de éste, y aun ántes de que se otorgue la posesion definitiva; porque uno y otro acto son independientes. Y la extincion de la garantía es absoluta, de manera que no solo exime de responsabilidad para lo futuro, sino tambien respecto de los actos ejecutados durante la posesion provisional.

Esta consecuencia no tiene nada de violento y se desprende del texto terminante de la ley; pues expresando ésta, que hecha la declaracion de la presuncion de muerte queda cancelada la garantía otorgada, se infiere que cualquiera responsabilidad que pudiera resultar al poseedor, no es ya exigible por la extincion del derecho del ausente, y en virtud del principio que declara que una vez extinguido un derecho no revive.

Los jurisconsultos Durantón, Demolombe y Laurent, comentaristas del Código Francés, sostienen, comentando el art 127, de donde está tomado el precepto que nos ocupa de nuestro Código, que la prescripcion cuyo término ha corrido durante el segundo período de la ausencia, exonera á los poseedores de los bienes del ausente de toda responsabilidad; porque habiendo caucionado, no por determinado acto de su administracion, sino para garantizar la obligacion de dar cuenta de su manejo, la cual comienza con el otorgamiento de la posesion provisional, se prescribe por los treinta años que ha durado ésta.

La posesion definitiva extingue tambien la obligacion de restituir la mitad de los frutos y rentas producidos por los bienes durante la posesion provisional; porque si los que obtienen aquella adquieren la facultad de disponer libremente de los bienes, sería ilógico ó injusto obligarles á la restitucion de sus productos. (Art. 759 y 760, Cód. civ.) (1)

Pero esto se entiende, cuando los que obtienen la posesion definitiva son los mismos que recibieron la provisional; pues en caso contrario tienen obligacion por los artículos 758 y 759 del Código civil, de dar cuenta de su manejo y restituir los bienes con sus productos, menos la mitad de éstos que les concede la ley. (2)

La declaracion de la presuncion de muerte produce tambien el efecto de cambiar la naturaleza de los derechos de los poseedores de los bienes del ausente; pues en virtud de ella no son ya unos administradores de ellos con las obligaciones, facultades y restricciones que la ley impone á los tutores.

Para comprender más fácilmente la diferencia que existe entre los derechos de los poseedores en la posesion provisional y la definitiva, es preciso determinar el sentido que la ley dá á esta palabra.

Tomada en su significacion gramatical importa la idea de la irrevocabilidad de la posesion; esto es, que los individuos que la obtienen, adquieren el derecho de conservarla en todo caso, excluyendo la posibilidad de toda restitucion ulterior.

Pero no es este el sentido que la ley le dá á las palabras *posesion definitiva*, si no es con relacion á terceras personas que contratan con los poseedores de los bienes del ausente sobre estos bienes; pues los derechos que adquieren son irrevocables y obligan á éste, si regresa, y sus herederos.

En efecto, los individuos que adquieren la posesion provisional, solo tienen el carácter de depositarios y administradores de los bienes del ausente; y las facultades que sobre ellos adquieren están circunscritas sin que les sea lícito ejercer actos que importen enajenacion.

Pero si ejercitan alguno de estos actos, no están obligados el au-

(1) Artículos 661 y 762, Código civil de 1884.

(2) Artículos 660 y 661, Código civil de 1884.

sente, á su regreso, ni sus herederos, á respetarlos, porque adolecen del vicio de nulidad, de manera que los terceros que intervinieron en esos actos adquieren derechos revocables y sujetos á la accion vindicatoria de aquellos.

Por el contrario, los individuos que adquieren la posesion definitiva tienen facultades mas extensas, pues además de la administracion gozan de la libertad de disponer de los bienes. De manera, que tienen facultad de enajenar los inmuebles, constituir hipotecas y servidumbres sin ninguna limitacion ó reserva, como puede hacerlo el verdadero propietario de los bienes, quien carece de derecho para vindicarlos de terceras personas y está obligado á respetar los actos de enajenacion hechos por el poseedor, como si él mismo los hubiera ejecutado.

En pocas palabras, la posesion definitiva tiene ese carácter, en el sentido absoluto de la palabra, respecto de terceras personas, que adquieren por los contratos celebrados con los poseedores derechos irrevocables, que el ausente tiene obligacion de respetar; pero es provisional respecto de los poseedores, que están obligados á restituir los bienes al ausente, si regresa, ó á sus herederos.

Este sistema tan justo como sencillo se halla sancionado por el art. 760 del Código, que ordena que, si el ausente se presenta ó se prueba su existencia, despues de otorgada la posesion definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se hallen, el precio de los enajenados ó los que se hubieren adquirido con el mismo precio; pero no podrá reclamar frutos ni rentas. (1)

Los jurisconsultos franceses sostienen que en el caso que nos ocupa debe servir de norma para resolver las dificultades que surjan, el principio que veda enriquecerse á expensas y con perjuicio de otro, y que la obligacion de restituir los bienes del ausente existe solamente en cuanto se ha hecho mas rico, *quatenus locupletior factus est*. Y de ahí infieren, que cuando el poseedor ha enajenado algunos bienes se debe distinguir si el precio ha sido ó no pagado.

En el primer caso, tiene el ausente el carácter de acreedor y dere-

(1) Artículo 662, Código civil de 1884.

cho de hacer efectivo el cobro, como si él mismo hubiera hecho la venta.

En el segundo tiene derecho á que el poseedor le entregue el precio, si aún lo conserva en su poder, pero si le ha dado algun empleo se debe hacer una nueva distincion. O hizo el empleo en nombre del ausente, declarando que el contrato lo celebró con dinero proveniente de los bienes de aquel cuya posesion definitiva obtuvo como su presunto heredero; ó en nombre propio y sin indicar la procedencia del dinero.

En el primer caso le pertenecen al ausente los bienes adquiridos con el precio de los suyos. En el segundo no le pertenecen, y solo puede pretender la restitucion del precio de sus bienes enajenados, cuyo derecho pierde si prueba el poseedor que perecieron los bienes que adquirió con ese precio.

Creemos que la teoría de los jurisconsultos franceses encuentra un apoyo sólido en el art. 760 del Código civil, y por tanto, que puede tener una justa aplicacion entre nosotros. (1)

Sin embargo, no nos inclinamos á admitir la teoría referida en cuanto al segundo miembro de la última distincion, pues creemos que aun cuando el poseedor no indique que celebra el contrato con el precio de los bienes del ausente, si éste prueba que la adquisicion se hizo con él, tiene derecho para vindicar los bienes objeto de ella. Al menos tiene esta opinion en su apoyo el texto mismo del art. 760, que sin hacer distincion alguna dá derecho al ausente para recobrar los bienes que el poseedor hubiere adquirido con el precio de los enajenados.

Si se demuestra la muerte del ausente, la herencia se defiere á los que debieron heredarle al tiempo de ella. Entonces, como es de suponerse, tienen los poseedores la obligacion de restituir los bienes del ausente; pero, segun hemos dicho ántes, tienen tambien derecho á la mitad de los frutos correspondientes á la época de la posesion provisional, y á todos ellos desde que obtuvieron la posesion definitiva. (Art. 759, Cód. civ.) (2)

(1) Artículo 662, Código civil de 1884.

(2) Artículo 661, Código civil de 1884.

Se deduce de lo expuesto, que, si se llega á probar la muerte del ausente, los poseedores de los bienes tienen obligacion de restituirlos á los herederos con la mitad de los frutos que hubieren producido durante la posesion provisional, pero reservándose todos los obtenidos durante la definitiva.

La misma obligacion existe y bajo las mismas condiciones, cuando hecha la declaracion de ausencia ó la presuncion de muerte de una persona, se hubieren aplicado sus bienes á los que por testamento ó sin él se tuvieren por herederos, y despues se presentaren otros pretendiendo un derecho preferente á la herencia, y así se declarase por sentencia ejecutoria. (Art. 761, Cód. civ.) (1)

En este caso, como en el anterior, militan las razones que expusimos para justificar esa determinacion de la ley.

Del carácter que tiene la posesion definitiva, que realmente es solo provisional respecto del ausente, se infiere, que si se presenta éste ó sus herederos testamentarios ó los legítimos de mejor derecho que los poseedores, estos están obligados, como todo administrador de bienes ajenos, á darles cuenta de su manejo dentro del plazo legal.

Este comienza á correr desde el dia en que el ausente se presenta por sí ó por apoderado legítimo, ó desde aquel en que se defirió la herencia por sentencia ejecutoria. (Art. 762, Cód. civ.) (2)

Se entiende que el plazo legal á que aludimos es el mismo que en idéntico caso se otorga al poseedor provisional, que es igual al que gozan los tutores para rendir la cuenta de su administracion.

La posesion definitiva termina, segun el artículo 763 del Código: (3)

1.º Con el regreso del ausente, pues entonces cesa la causa que motivó la posesion:

2.º Con la noticia cierta de su existencia.

En este caso los poseedores definitivos se consideran como provisionales desde el dia en que se tiene noticia cierta de la existencia del ausente. (Art. 764, Cód. civ.) (4)

(1) Artículo 663, Código civil de 1884.

(2) Artículo 664, Código civil de 1884.

(3) Artículo 665, Código civil de 1884.

(4) Artículo 666, Código civil de 1884.

Esta misma causa pone fin á la posesion provisional, segun el artículo 745 del Código: y si se busca la razon que motive esa diferencia, dificilmente se encontrará, pues á nuestro juicio no existe.

En efecto, la posesion provisional y la definitiva se otorgan en virtud de la incertidumbre de la existencia del ausente que se convierte en una presuncion robusta de su muerte despues de treinta y seis años. Pero como toda presuncion, cede á la verdad cuando llega á demostrarse la existencia del que se presumia muerto; y por consiguiente, deben cesar los efectos legales de ella.

Si uno de tales efectos es la posesion provisional y la definitiva, es lógico concluir, que una y otra deben cesar de una manera absoluta por innecesarias y onerosas para los intereses del ausente.

Y si esto es así, no hay razon alguna, fundada en la moral y la justicia, que autorice para extinguir por la prueba de la existencia del ausente la posesion provisional, convirtiendo en ésta la definitiva en igual caso.

Ni aun siquiera puede alegarse el interes del ausente, porque es más onerosa para él la posesion provisional que el nombramiento de un representante que administre sus bienes, supuesto que aquella le priva de la mitad de los productos y rentas de ellos, y éste solo tiene, por toda retribucion, del cuatro al diez por ciento sobre tales productos.

No podemos ver en el precepto á que aludimos, sino una injusticia y una inconsecuencia del legislador.

3.º Con la certidumbre de su muerte:

4.º Con la sentencia que causa ejecutoria, declarando preferente el derecho de otros herederos distintos de los poseedores.

La sentencia que declara la presuncion de muerte de un ausente casado, extingue de pleno derecho la comunidad de bienes; y si el cónyuge presente no es heredero, ni tiene bienes propios ni gananciales, solo tendrá derecho á los alimentos. (Arts. 765 y 766, Cód. civ.) (1)

(1) Artículos 667 y 668, Código civil de 1884.