

ser declarado no admisible (1). En concepto nuestro, no ha lugar ni á denegacion ni á disputa de legitimidad. La denegacion supone la existencia del padre en el momento de la concepcion. La disputa de legitimidad supone la muerte, y en caso de ausencia no hay ni vida ni muerte.

§ 50 Fin de la presuncion de ausencia.

151. La presuncion de ausencia acaba cuando reaparece el ausente ó da noticia de su persona. En el primer caso, caen de pleno derecho las medidas tomadas por el tribunal. El curador y el notario, si ha lugar á ello, rinden cuentas de su administracion al propietario, quien toma la administracion de sus bienes. Es inútil decir que acaba igualmente la vigilancia ó tutela provisional. Si el ausente da noticia de su persona, sin reaparecer, acaba igualmente la ausencia; pero por analogía de lo que dice el art. 131, en caso de declaracion de ausencia, el tribunal podrá prescribir medidas, ya para los bienes, ya en interés de los hijos.

La presuncion de ausencia acaba tambien si el ausente muere, ó se tiene la prueba de su fallecimiento. En ese caso se abre su herencia en beneficio de los herederos llamados á sucederle en esta época. Es necesario que los herederos sean capaces de suceder. Es preciso, pues, que hayan sido concebidos en aquel momento. Si hubiese nacido un hijo de la mujer presente más de trescientos dias despues de la muerte del marido, podrán rechazarlo las partes interesadas, disputando su legitimidad (art. 315).

Finalmente, la presuncion de ausencia termina por el fallo que declara la ausencia y abre el segundo periodo.

1 Esta es la opinion de Demolombe, *Curso del Código de Napoleon*, t. II, p. 365, núm. 267. Consúltese á Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 116. Acerca de esta cuestion existe una disertacion de M. Duprez, profesor de la universidad de Lieja (*Revista de derecho francés y extranjero*, por Félix, t. I (1844), p. 740 y siguientes).

CAPITULO III.

SEGUNDO PERIODO DE LA AUSENCIA.

SECCION I.—De la declaracion de ausencia.

152. ¿Por qué hay un segundo período de la ausencia? Por lo regular se contesta que la ley sustituye la presuncion de ausencia con la declaracion de ésta, en interés de los presuntos herederos. Estos son, en efecto, los que promueven la declaracion de ausencia, y á quienes se pone en seguida en posesion de los bienes del ausente. Es cierto que la ley toma en cuenta, en este segundo periodo, los derechos eventuales de los herederos. Pero no es exacto que para proteger esos derechos abre el legislador un nuevo periodo. Lo que prueba hasta la evidencia que no es así, es que el esposo presente, comun en bienes, puede optar por la continuacion de la comunidad, y si lo hace, impide la posesion provisional de los herederos. La ley, como expresa el art. 124, le da la preferencia para la administracion de los bienes del ausente; así, pues, no se trata aún más que de administrar los bienes, lo que implica que la ley se preocupe del ausente más que de sus herederos. Estos pueden permanecer sin derecho durante treinta y cinco ó cuarenta años, ¡y se quiere que de preferencia en interés de aquellos! la ley haya organizado un segundo periodo. No, durante la presuncion de ausencia, no autoriza más que las

medidas necesarias, porque espera de un día á otro el regreso del ausente. Cuando la ausencia ha durado cinco ú once años, se hace ménos probable la vuelta del ausente. Débese, pues, organizar una administracion regular. La ley la llama provisional para hacer notar que sólo se trata de conservar el patrimonio del ausente, bien por él si regresa, bien por sus herederos, en caso de que no vuelva á aparecer más. Al esperar, trata de encontrar los mejores administradores. Hé ahí la razon de que llame á los herederos, y de preferencia, al cónyuge presente.

153. La ley no permite poner á los herederos en posesion de los bienes del ausente, sólo por que haya trascurrido cierto número de años desde su desaparicion ó sus últimas noticias. Se necesita, ante todo, un fallo que declare la ausencia. Lo dice el art. 120; es tan terminante éste, que no se concibe que pueda suseitarse acerca de este punto la más ligera duda. Ha habido, sin embargo, litigios sobre el particular; pero la jurisprudencia no podia vacilar ni un instante. Se ha juzgado que el que se pretende heredero de un ausente debe, por necesidad, hacer declarar la ausencia ántes de proceder con esa calidad. La corte de Rennes, observando la misma decision, da las razones por las cuales ha prescrito el legislador un fallo prévio á la toma de posesion provisional: las precauciones tomadas por la ley, dice la sentencia, deben ser observadas escrupulosamente, puesto que tienen por objeto garantizar los bienes y los derechos de aquel á quien circunstancias desgraciadas pueden retener léjos de su patria (1). En efecto, la separacion y la falta de noticias no prueban todavía que haya ausencia, en el sentido legal de la palabra, es decir, incertidumbre sobre la vida de la persona que ha dejado su domicilio sin dar noticia suya. Es preciso que

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 143, 144 y 150.

sean tomadas en consideracion, tanto las circunstancias en que la separacion se ha verificado, como los motivos que expliquen la falta de noticias; es preciso, finalmente, que la demanda de los que promueven la declaracion de ausencia se haga pública, á fin de advertir al ausente, si vive todavía, que se le va á desposeer de la administracion y, hasta cierto punto, del goce de sus bienes. Tales son las razones poderosas que exigen la intervencion de la justicia y que justifican las medidas que prescribe la ley para comprobar la ausencia, ántes de permitir la posesion provisional.

154. Para que pueda ser declarada la ausencia de una persona, se necesita de antemano, segun el art. 115, «que haya desaparecido del lugar *de su domicilio ó residencia*.» Los autores están de acuerdo en decir que hay un defecto de redaccion en el art. 115, que en lugar de la disyuntiva *ó*, es necesario poner la conjuntiva *y*. Es evidente que si una persona tiene á la vez un domicilio y una residencia distinta de éste, no basta que haya dejado de aparecer, sea en su domicilio, sea en su residencia, se necesita su desaparicion completa, como dice el art. 120 (1). Pero puede suceder que una persona no tenga domicilio, si es extranjera, ó que su domicilio sea desconocido; en estos casos solo se tendrá en cuenta su residencia.

El art. 115 agrega: «y que despues de cuatro años no se hayan tenido noticias de su persona.» No se necesita que el ausente haya dado esas noticias; el proyecto parecia exigirlo; fué modificado por la observacion del primer cónsul, sobre que se podian tener noticias de una persona sin recibirlas directamente de ella (2). Es preciso que haya habido falta de noticias desde hace cuatro años. Eso supone que el ausente no ha dejado poder; en efecto, segun el

1 Loaré, *Espiritu del Código civil*, t. II, p. 337.

2 Sesion del consejo de Estado del 16 fructidor año IX (Loaré, t. II, p. 213, núm. 5).

art. 121, si ha dejado poder, sus herederos no pueden perseguir la declaracion de ausencia sino despues de diez años contados desde su desaparicion ó desde sus últimas noticias. Es bastante singular que se exprese así la ley tratándose de los efectos de la ausencia; evidentemente el art. 125 es la base de la materia. Ese vicio de clasificacion se explica por el cambio que sufrió el proyecto primitivo (1). Creemos inútil entrar en este detalle, toda vez que el sentido de la ley no es dudoso. Pero la interpretacion de los textos da lugar á algunas dificultades.

155. Es sensible la razon de la diferencia que establece la ley entre el caso en que el ausente ha dejado un poder y el en que no lo ha dejado. Bigot-Prémeneu lo ha explicado en la Exposicion de los motivos. Citamos sus palabras, de preferencia á las explicaciones de los autores, porque los oradores del gobierno disfrutaban de una autoridad de que carecen los simples intérpretes. No se puede tratar con igualdad, dice Bigot-Prémeneu, al que ha proveido formalmente á la administracion de sus negocios y al que los ha dejado abandonados. Se considera que el primero ha previsto una larga ausencia, puesto que ha proveido á la principal necesidad que esa ausencia entraña. Está dispensado de la necesidad de una correspondencia aún cuando esté alejado por mucho tiempo. Surgen presunciones opuestas contra el que no ha dejado poder. Se creerá más bien que confiaba en regresar pronto, no suponiéndose que omitiera precaucion tan necesaria, y cuando haya faltado á ella se coloca cuando ménos en la necesidad de suplirla por medio de su correspondencia (2).

Los motivos dados por el orador del gobierno nos ayudarán á decidir las dificultades á que ha dado lugar el texto de la ley. Se pregunta si el poder debe ser general. Los

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 52, núm. 50.

2 Loqué, *Legislacion civil*, t. II, p. 255, núm. 19.

términos de la ley parecen exigirlo. Dice el art. 120: «un poder para la administracion *de sus bienes*, y no *de todo ó parte de sus bienes*, como expresa el art. 112. Concíbese por otra parte, que el que quiere alejarse por mucho tiempo del lugar en que está el centro de sus intereses, debe proveer á la administracion de todos sus bienes; un poder dado para un negocio especial, no indicaria la intencion de tener una ausencia dilatada, dado el caso de que el patrimonio permaneciera sin administrador. Sin embargo, no puede sentarse como principio absoluto que el poder deba ser general. Si los bienes de la persona que se ausenta están arrendados por un término largo, no hay necesidad de proveer á su administracion. En ese caso y para indicar el proyecto de un viaje dilatado, bastaria un poder, aunque fuese especial, para manejar los bienes ó los intereses que necesitasen de un gerente. De ahí resulta que la cuestion que ventilamos es una dificultad de hecho más bien que de derecho. La intencion del ausente es la que necesitamos escudriñar, segun la Exposicion de los motivos. Es evidente la intencion cuando el poder es general, y dudosa cuando es especial. El tribunal decidirá, segun las circunstancias (1).

Nada dice la ley acerca de la duracion del poder. Por eso mismo se ha dejado entregada esta cuestion á la apreciacion de los tribunales. Hay en este punto una hipótesis que promueve una cuestion de derecho. En el consejo de Estado, Cambacérès supuso el caso siguiente: «Un hombre, á quien especulaciones mercantiles debian llevar léjos de su residencia, creyó que no podria dar noticia de su persona durante un largo espacio de tiempo, y á fin de impedir que sus herederos se mezclasen en sus negocios, orga-

1 La cuestion ha sido resuelta en diferentes sentidos por los autores (Demolombe, t. II, p. 55, núm. 54; Duranton, t. I, p. 138, núm. 412; Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 165).

nizó para treinta años la administracion de su patrimonio ¿Surtirá sus efectos este acto?» Tronchet contestó que no tendria validez. «Si es un acto con motivo de muerte, vulnera las disposiciones que confieren la sucesion á sus herederos; y si es un acto intervivos, sólo puede durar el tiempo que se produzca la prueba de la vida del ausente (1).» La respuesta es concluyente. El que vive puede dar un mandato que dure todo el tiempo que viva. Aquel cuya existencia es incierta no puede impedir que la ley llame á la administracion de sus bienes á los herederos que tienen un derecho eventual á ellos, sujeto á la condicion de su muerte. Agregamos que la hipótesis de Cambacérès no puede ser más improbable. Es una de esas cuestiones ociosas que gustan de ventilar los autores, y que lo más frecuentemente no sirven más que para trasformar el derecho en escolástica.

Es más probable la hipótesis inversa. Quien se aleja por un viaje lejano, dará poder para algunos años; le bastará ese tiempo para dar la vuelta al mundo. Ya no se hace testamento ántes de ponerse en camino; ¡son tan rápidas y seguras las comunicaciones! Pero pueden retardar la vuelta mil circunstancias. Espira el poder dado por dos años, y el ausente no ha regresado á su hogar. ¿Deberá esperarse diez años para pronunciar la declaracion de ausencia, ó bastarán cinco años? Salvo algunos disentimientos, los autores están de acuerdo en aplicar en este caso la disposicion del art. 122, que previene que los presuntos herederos no podrán proseguir la declaracion de ausencia sino despues de diez años, áun cuando llegue á cesar el poder; ménos cuando tenga que proveerse á la administracion de los bienes del ausente, como se hace durante la presuncion de

1 Sesion del consejo de Estado del 24 fructidor año IX (Loché, t. II, p. 227, núm. 29). Consúltese á Duranton, t. I, p. 319, núm. 413; Dalloz, en la palabra *Ausentes*, núms. 162-163.

ausencia. Mucho dudamos que tenga que aplicarse esta disposicion cuando llegue á cesar el poder por voluntad del ausente. Véase cómo explica Bigot-Prémeneu el art. 122: «Tambien se ha previsto el caso en que cesará el poder por la *muerte* ó cualquier otro *impedimento*. Estas circunstancias no cambian las inducciones que nacen del mismo hecho de que se ha dejado un poder (1).» La palabra impedimento que emplea el orador del gobierno, supone un hecho independiente de la voluntad del ausente, y que éste no ha podido prever; tal seria la renuncia del mandatario, ó la imposibilidad en que se encontrara de ejecutar el mandato. Es muy lógico que en estos casos se tome en consideracion por el legislador el hecho del poder, áun cuando cese; pero no sucede lo mismo en el caso en que el ausente haya limitado el poder que diera. Este hecho disminuye la probabilidad de un viaje dilatado, y ya no excusa la falta absoluta de noticias. El ausente, sabedor de que ha concluido el poder que ha dejado, deberia renovarlo. Si no lo hace, surgen graves presunciones contra su vida, y por ende, ha lugar á declarar su ausencia más pronto de lo que seria si el poder llegase á terminar por una causa que debiese ignorar el mismo ausente (2).

Empero, al no aplicar el art. 122 á la hipótesis de un poder dado por un plazo menor de cinco años, no pretendemos decidir que semejante poder sea insuficiente para aplazar á diez años la declaracion de ausencia. La ley no permite adoptar una decision absoluta en esta materia, toda vez que nada dice acerca de la duracion del poder (3). Únicamente el buen sentido aconseja que, miéntras más largo sea el poder, habrá mayor probabilidad de que el auseu-

1 *Exposicion de los motivos* (Loché, t. II, p. 255, núm. 19).

2 Esta es la opinion de Delvincourt, t. I, p. 44, nota 3, y de Zacharia, t. I, p. 295, nota 5.

3 Consúltese á Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 58, núm. 55.

te ha querido hacer un viaje dilatado; de ahí nace una probabilidad de vida que impedirá declarar la ausencia. Las probabilidades serán contrarias si el poder es de corta duración.

156. El plazo de cuatro y de diez años promueve además una cuestión sobre la cual hay controversia. Supónese que el ausente ha dado noticia de su persona: ¿corre el plazo desde la fecha que tiene la carta ó desde el día en que se ha recibido? Zachariæ dice que esta última fecha es la que debe tomarse en consideración. Así resulta evidentemente, dice, de la redacción del art. 115 (1). El artículo expresa: «Cuando una persona se haya ausentado de su domicilio, y no se tengan noticias suyas después de cuatro años.» Estas últimas palabras suponen, en efecto, noticias recibidas; en consecuencia, la ley se refiere á la fecha de la recepción. Sin embargo, esta interpretación es generalmente rechazada. Se dice que conduce á esta consecuencia absurda: si la carta escrita por el ausente llegase á su destino después de dos años, se le reputaría vivo en una época en que quizás ya no existiese desde tiempo atrás (2). El absurdo es patente; ¿pero basta eso para separarnos del texto de la ley, suponiendo que haya la evidencia que en él encuentra Zachariæ? Más de una vez hemos rechazado esta manera de argumentar. El texto nos obliga, nos encadena; no podemos descarriarnos, demostrando que la ley es absurda; eso corresponde al legislador y no al intérprete. Por lo mismo, en la ley es donde debe buscarse la solución de la dificultad. ¿Es cierto que es tan evidente como dice Zachariæ?

Es preciso no separar estas palabras: «y que después de cuatro años no se hayan recibido noticias suyas.» Se

1 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. I, § 151, p. 295, nota 4.

2 Valette sobre Proudhon, t. I, p. 271, nota, Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 167.

aplica también el plazo al caso en que el ausente nunca haya dado noticia de su persona. ¿Cómo se cuenta en este caso? El art. 115 dice: «Cuando una persona se haya ausentado del lugar de su domicilio ó residencia.» Así, pues, el plazo corre desde el día de la desaparición. Sin embargo, es más que probable que el ausente no haya dejado de vivir en el mismo instante en que se alejó de su domicilio. ¿Por qué, pues, corre desde ese momento el plazo de cuatro años? Porque es el último en que realmente es cierta la vida del ausente. En consecuencia, ese instante es el que debe servir de punto de partida. Pues bien, lo que es verdad cuando el ausente desaparece sin dar noticia de su persona, debe serlo también cuando el ausente escribe. El instante en que escribe es el último en que es cierta su existencia. Desde este instante, pues, debe correr el plazo. El art. 120 confirma esta interpretación. Cuando está declarada la ausencia, pueden pedir la toma de posesión los presuntos herederos. ¿Cuáles son éstos? La ley contesta: Los herederos del ausente *el día de su desaparición ó de sus últimas noticias*. En el art. 120 se hace referencia á la fecha de las noticias; ahora bien, esta disposición es el complemento del art. 120; hablando ingenuamente, los dos artículos no forman más que uno solo, debiéndose á un defecto de redacción el que estén separados. Nos parece que esto decide la cuestión. Es imposible que tenga otro sentido en el art. 120 la expresión *últimas noticias* que la que tiene en el art. 115 la frase *que no se hayan recibido noticias suyas*; así pues, en todos casos, la fecha es la que se debe considerar.

157. ¿Quién puede pedir la declaración de ausencia? El art. 115 contesta: Las *partes interesadas*. Ya hemos encontrado la misma expresión en el art. 112, que arregla las medidas que deben tomarse en el primer período de la ausencia. ¿Es igual el sentido en el segundo período? No;