

y que en consecuencia, era necesario multiplicar los medios de obtener noticias del ausente (1).

El código no reglamenta la publicidad. Bigot-Préameu dice, en la Exposición de los motivos, que el ministerio de justicia empleará no solo el medio de los papeles públicos, sino que también pondrá en juego, en las plazas de comercio, las correspondencias con todas las partes del globo. De esta manera todos los que estén en relación con el ausente podrán dar noticias de su persona, y el mismo ausente podrá conocer, por la fama, las consecuencias perjudiciales de su prolongada ausencia (2).

SECCION II.—De la toma de posesion provisional.

§ 1º ¿Quién puede pedirla?

NUM. 1. DE LOS PRESUNTOS HEREDEROS.

162. El art. 120 dice que los presuntos herederos del ausente, el día de la desaparición de éste ó de sus últimas noticias, podrán en virtud del fallo que haya declarado la ausencia, obtener la posesion provisional de sus bienes. ¿Por qué convoca la ley á los presuntos herederos de esta época, más bien que á los parientes, que son herederos á la hora de la declaración de ausencia? De pronto se tiene la intención de decir que la ley implica un absurdo. Efectivamente; ¿poner en posesion á los presuntos herederos el día de la desaparición ó de las últimas noticias, no es suponer que el ausente ha muerto el mismo día en que dejara su domicilio, ó el en que escribió su última carta? Hé ahí una presuncion que por cierto no estaria fundada en una

1 Sesión del consejo de Estado del 16 fructidor año IX (Loché, t. II, p. 214, núm. 12).

2 Loché, *Legislacion civil*, t. II, p. 254, núms. 13 y 17.

probabilidad. Tampoco es una verdadera presuncion. Debiase necesariamente fijar una época; la ley, en la incertidumbre absoluta en que se encuentra sobre la suerte del ausente, se ha decidido por aquella en que ha dado la última señal de vida.

Por aplicación del principio sentado en el art. 120, debe decidirse que los hijos concebidos en una época posterior á la desaparición ó á las últimas noticias, no pueden obtener la toma de posesion provisional. La consecuencia, por evidente que sea, ha sido debatida; pero la jurisprudencia se ha pronunciado en ese sentido; ¿y cómo es posible vacilar un momento? Es necesario ser heredero á la hora de la desaparición ó de las últimas noticias; ahora bien, ¿se puede ser heredero cuando no se ha sido concebido, cuando no se existe aún (1)?

¿Quiénes son los presuntos herederos que pueden pedir la toma de posesion? Entiéndese por presuntos herederos á aquellos á quienes la ley convoca á la sucesion; en consecuencia, los parientes en el orden en que suceden, y en cada orden, los más cercanos en grado, salvo el beneficio de representación. ¿Si no se presentan los herederos más cercanos, podrán obtener los demás la toma de posesion? La afirmativa es indudable. Si por lo regular los más inmediatos deben ser puestos en posesion, se supone que ellos la piden; pero esta es una facultad de que pueden no hacer uso; su inacción no debe impedir á los demás parientes presentarse. Porque, no lo olvidemos, la ley concede la posesion provisional á los herederos, más que en su interés, en el del ausente; así, pues, cuando los más cercanos descuidan los intereses del ausente, hasta el extremo de no

1 Dos sentencias de la corte de Tolosa han decidido la cuestion en diferente sentido; no tienen autoridad alguna en presencia del texto expreso del art. 120. Véanse las sentencias de la corte de casacion de 3 de Diciembre de 1834 (Daloz, *Compilacion periódica*, 1835, 1, 135, y sentencia de Douai de 12 de Julio de 1856 (Daloz, 1856, 2, 292).

pedir ni aun la posesion, deben ser admitidos los demás parientes. Es necesario no deducir de esto que los parientes más próximos que no han pedido la posesion, sean excluidos por los parientes más lejanos que se hayan presentado. Subsiste su derecho, y siempre pueden ejercerlo; por mucho tiempo que trascurra no habrá prescripcion. Se ha fallado que el heredero, igual en grado con otros coherederos, que no hayan sido parte en el fallo, puede, no obstante, obtener la posesion (1). Existe identidad de razon en el caso en que los parientes más lejanos en grado hubieren obtenido la posesion.

163. ¿Qué debe decidirse si llegasen á fallecer los presuntos herederos el dia de la desaparicion ó de las últimas noticias? ¿Trasmiten á sus herederos el derecho de obtener la posesion provisional? Todos los autores admiten ese derecho de trasmision. El dia de la desaparicion del ausente, sus presuntos herederos eran dos primos hermanos; uno fallece ántes de la declaracion de ausencia dejando hijos; éstos podrán pedir la posesion provisional en concurrencia con el primo supérstite, ejerciendo un derecho que le ha sido transmitido por su padre. Si no disfrutasen del derecho de trasmision, serian excluidos de la posesion, puesto que están un grado más léjos que el primo hermano del ausente. Merlin funda el derecho de trasmision en la antigua jurisprudencia y en los principios del código civil. Tres decretos del parlamento de París han admitido la trasmision. El art. 120 la acepta ímplicitamente. «¿Qué hace, en efecto, al referirse al dia de la desaparicion ó de las últimas noticias, para determinar á quién debe ser concedida la posesion provisional? Decide, dice Merlin, que el derecho de pedir esta posesion ha sido afec-

1 Sentencia de Bourges de 2 de Marzo de 1831 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 215); sentencia de Bruselas de 22 de Julio de 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 188).

to al heredero presunto de aquella época; que ese heredero no lo ha perdido despues por los cambios supervinientes en el órden de la parentela. Ahora bien, desde que ese derecho es afecto al heredero presunto el dia de la desaparicion, debe ser trasmisible á los herederos de éste (1).» Esta doctrina, observada por todos los autores, es tambien aplicada por la jurisprudencia (2). Admitimos la decision, pero negamos el motivo en que está fundada. En concepto nuestro, los que son puestos en posesion sucediendo al presunto heredero el dia de la desaparicion, reciben su derecho de la ley y no del difunto.

De esto hay una prueba que nos parece irresistible. El presunto heredero el dia de la desaparicion no tiene derecho; en consecuencia no puede transmitir ninguno. Decimos que no tiene derecho. Efectivamente, la ley no lo convoca en razon de su derecho, sino en razon del interés que tiene, como propietario eventual, en conservar los bienes del ausente. Este interés no es un derecho, por mucho que se funde en un derecho eventual. La misma ley nos lo dice. Si el ausente deja un cónyuge comun en bienes, éste, al optar por la continuacion de la comunidad, impide la toma de posesion provisional de los bienes del ausente. ¿Qué se hizo entónces el *derecho* de los presuntos herederos, derecho que se pretende estar en su patrimonio, puesto que lo transmiten? ¡Cómo! ¡un derecho está en mi patrimonio, es decir, es mi propiedad, y la ley permite que se me despoje de ese derecho sin indemnizacion ninguna! Semejante derecho no es un derecho. Hablando con exactitud, es una obligacion, obligacion que los presuntos herederos pueden aceptar ó rechazar, obligacion que les es conferida en interés del ausente.

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 120, núm. 2 (t. I, ps. 52 y siguientes).

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 231-233.

¿Por qué pasa esta obligacion á los sucesores de los presuntos herederos? Ya lo hemos dicho; la ley debia fijarse en una época para determinar quiénes serian los parientes á los que se concederia la toma de posesion. Se decidió por el dia de la desaparicion ó de las últimas noticias. De aquí que no pudiese tomar en consideracion los cambios que se verificarian por la muerte, entre aquella época y la de la posesion, porque si los hubiera tenido en cuenta, se encontraria cambiada la época; la posesion habria sido concedida á los herederos del dia de la declaracion de ausencia ó del fallo que declara la posesion. En virtud de la ley, es, pues, como los sucesores del presunto heredero fallecido son puestos en posesion, y no en virtud de un derecho que reciben de su autor.

Creemos que observando los mismos principios es como debe decidirse si el presunto heredero puede ceder su derecho, si puede legarlo, y si sus acredores pueden ejercerlo. Al tratar de los derechos de las posesiones provisionales volveremos á entrar en estas cuestiones. Recordamos tambien que bajo el nombre de herederos debe comprenderse á los sucesores irregulares. La ley lo dice respecto del cónyuge del ausente (art. 140). Lo mismo es tocante á los hijos naturales y al Estado. La jurisprudencia y la doctrina están unánimes acerca de este punto que no admite la menor duda (1).

NUM. 2. DE LOS QUE TIENEN DERECHOS SUBORDINADOS A LA DEFUNCION DEL AUSENTE.

164. Ya dijimos que los que tienen derechos subordinados á la condicion del fallecimiento del ausente pueden promover la declaracion de ausencia como partes interesa-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 228, 229, 270. Consúltese la sentencia de Colmar de 18 de Enero de 1850 (Dalloz, *Recopilacion periódica*, 1851, 2, 161).

das. El art. 120 dice que pueden ejercer provisionalmente sus derechos. Tambien es una posesion provisional y está fundada en las mismas razones que la posesion provisional de los presuntos herederos. El ausente está interesado en que se administren sus bienes por aquellos que tienen mayor interés en su conservacion. Ahora bien, hay bienes que no pertenecen á los presuntos herederos: tales son los bienes á que está llamado el donatario por contrato de matrimonio. Igualmente pueden ser enteramente excluidos los herederos *ab intestat* si hay un donatario ó legatario universal. De aquí que la ley no pudiese limitar la posesion provisional á los presuntos herederos; esto habria sido comprometer los intereses del ausente, que tenia por objeto proteger. Hé ahí por qué hay posesion provisional en todos los bienes del ausente.

165. El principio es muy sencillo, pero la aplicacion produce dificultades muy serias. Resultan del texto del art. 123. No puede ser más clara la ley. No coloca en la misma línea á los presuntos herederos y á los demás que tienen derecho. Los presuntos herederos son los que en primer lugar deben pedir la posesion provisional; despues de esto se abre el testamento, y los legatarios, los donatarios y todos los que tienen derechos subordinados á la defuncion del ausente están llamados á ejercerlos provisionalmente. Tal es la marcha que debe seguirse por lo regular; todos están de acuerdo en este punto (1). Es tan expreso el texto que no deja lugar á duda. ¿Cuál es la razon por que la ley subordina el ejercicio de los derechos del legatario y del donatario á la toma de posesion provisional de los presuntos herederos? Sus derechos son de la misma naturaleza, todos comienzan con la defuncion; ¿por qué, pues, el ejercicio está subordinado al de los otros? Hay más: el derecho del

1 Sentencia de la corte de Gante de 6 de Julio de 1833, sobre las conclusiones del procurador general (*Pasicrisie*, 1833, 196).

legatario, cuando es universal, y no tiene reservatarios, domina el de los herederos legítimos. En cuanto al derecho del donatario es el más poderoso y el más cierto de todos, puesto que está fundado en un contrato y no puede serle quitado. Se ve, pues, que los derechos más poderosos están subordinados á un derecho que puede ser anulado por los que le están subordinados. Eso parece soberanamente ilógico. Para explicarse la marcha prescrita en el art. 123, es necesario colocarse en la hipótesis que la ley prevé, la del concurso de los presuntos herederos y de los demás que tienen derecho. Hay parientes legítimos, y hay legatarios ó donatarios que no toman más que una parte de la herencia. Es natural que, en este caso, los presuntos herederos obtengan desde luego la toma de posesion porque son los opositores de los legatarios y de los donatarios. Se trata de conservar los bienes del ausente. ¿Quién tiene interés más grande? Evidentemente los que están llamados á recogerlos, y que los recogerán todos si caen los legados y las donaciones.

Pero si tal es la marcha regular que debe seguirse, quiere decir, que si los presuntos herederos no obraran, si no fuesen puestos en posesion, ¿podrían impedir por eso el ejercicio de todos los derechos subordinados á la condicion del fallecimiento del ausente? La jurisprudencia y la doctrina se han declarado por la negativa. Lo que ha decidido á los autores y á los tribunales es que habria absurdo é iniquidad en paralizar los derechos de los donatarios y legatarios por el descuido ó mal querencia de los parientes legítimos. Si éstos saben que existe un contrato de matrimonio ó un testamento que los deshereda, se cuidarán mucho de pedir la posesion provisional, toda vez que en ello no tienen interés alguno. ¿Se dirá que en ese caso los donatarios y los legatarios no podrán ejercer sus derechos (1)? Serian evidentes

1 Duranton, t. I, p. 324-326, núm. 420. Marcadé, t. I, p. 271, núm. 2.

el absurdo y la iniquidad. Pero ya varias veces hemos dicho que los argumentos sacados de la injusticia de la ley están dirigidos al legislador; el intérprete solo tiene que considerar el espíritu y el texto que la ha dictado. Pues bien, creemos que el texto y el espíritu de la ley están por la opinion general.

El texto dice: *Cuando los presuntos herederos hayan obtenido la toma de posesion provisional*. Merlin hace notar que esta disposicion no está concebida en términos restrictivos. No conteniendo más que el ejercicio provisional de los derechos subordinados á la condicion del fallecimiento del ausente, *no tendrá lugar más que cuando* los herederos hayan obtenido la posesion provisional. La ley dice únicamente: «Cuando la hayan obtenido los herederos.» Es notable la diferencia entre las dos locuciones. Encontramos la expresion del art. 123 en el art. 46. «*Cuando* no existieren registros del estado civil, los matrimonios, nacimientos y defunciones podrán ser probados con testigos.» ¿Qué deducción ha sacado la jurisprudencia de esta redaccion? Se ha inferido de ello que verdaderamente la regla general es que la prueba de testigos de los actos del estado civil no puede ser admitida sino en las circunstancias previstas por la ley; pero que no deja de haber circunstancias imprevistas en las que debe ser recibida esta prueba (1). El art. 123 nos ofrece precisamente la misma construccion que el art. 46; debe, pues, interpretársele de la misma manera, quiere decir, resolver que la ley prevé los casos ordinarios, como hace con bastante frecuencia el legislador: éste se ocupa sólo de lo que sucede comunmente. Pero cuando, por excepcion, se presenta un caso en que el interés del ausente exige que los donatarios y los legatarios pudiesen ejercer sus derechos sin esperar que los

1 Véanse las páginas anteriores, núms. 47 y 48.

presuntos herederos pidan la posesion provisional, será necesario permitírsela. No se opone el texto de la ley, y el espíritu lo exige. Proudhon lo ha hecho notar. ¿Por qué organiza la ley la posesion provisional? En interés del ausente, á fin de que sus bienes sean administrados por los que están interesados en manejarlos con cuidado. Si pues el presunto heredero no procede, porque existe un contrato de matrimonio ó un testamento, sería marchar contra el espíritu de la ley suspender el ejercicio provisional de los derechos de los legatarios y donatarios, puesto que de ello resultaria que los bienes del ausente permanecerian sin esta administracion vigilante que la ley ha querido establecer; la posesion provisional que el legislador ha organizado en su favor, se volveria en su contra (1).

Hay, sin embargo, un motivo de duda. Cuando fué dirigida la comunicacion oficiosa del título III al Tribunalado, los tribunos pidieron la supresion del principio del art. 123, que parece no permitir el ejercicio de los derechos subordinados al fallecimiento del ausente sino cuando los herederos hubiesen obtenido la posesion provisional. En las Observaciones de la seccion de legislacion del Tribunalado se lee: «Esta posesion puede no tener lugar nunca, puesto que es puramente facultativa para los herederos. No se puede remitir el ejercicio de un derecho existente á la época de un hecho que puede no llegar á verificarse. Ha parecido, pues, que deberia permitirse el ejercicio del derecho despues de la declaracion de ausencia (2).» No consta que el consejo de Estado haya deliberado acerca de la proposicion de los tribunos; de todas maneras no fué admitida.

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 123, núm. 3 (t. I, ps. 63 y siguientes). Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 299.

2 Loaré, *Legislacion civil*, t. II, p. 245, núm. 2.

¿Debe deducirse de esto que fué rechazada de un modo absoluto? Eso seria racionar muy mal. El art. 123 no era limitativo, ni ha llegado á serlo al no admitirse la proposicion del Tribunalado. Esta proposicion estaba mal concebida; la regla general sentada en el art. 123, debia ser conservada, á no ser que se autorizara á los jueces á separarse de ella; miéntras que la excepcion del Tribunalado hacia la regla, lo que era poco lógico. Sin duda por esta razon no adoptó el consejo de Estado el cambio de redaccion que el Tribunalado propuso.

Vienen luego los informes y discursos que hacen nacer nuevas dudas. En el informe rendido al Tribunalado por Leroy, dice éste terminantemente que el ejercicio de los derechos del legatario depende de la voluntad del presunto heredero, quien puede, segun sus intereses, reclamar ó no la posesion provisional; ahora bien, esta posesion es la condicion necesaria de la apertura del testamento. Leroy justifica la interpretacion que da al art. 123 con la consideracion de que el testamento puede haber sido revocado, y que por tanto los derechos ménos precarios del heredero legitimo deben destruirlo (1). Mala razon, porque una posibilidad de revocacion no debe servir de fundamento para estorbar el derecho del legatario. Cosa singular, el mismo relator da una razon excelente para que no suceda así. No hay diferencia, dice, entre los derechos de los presuntos herederos, y los de los donatarios y legatarios. ¿No tienen el derecho del heredero legitimo y el del heredero testamentario un origen comun y único en la ley que los reconoce? Un derecho tiene algo de absoluto que no admite más ó ménos. Esto es de una evidencia completa. ¿Pero quién no ve que eso destruye la argumentacion del informe? ¡Cómo! ¡son iguales dos derechos y subordinais el uno

1 Loaré, *Legislacion civil*, t. II, p. 264, núms. 11 y 12.

al otro hasta el punto de hacer imposible su ejercicio! ¡El ejercicio del uno empieza con la condicion del ejercicio del otro! Se necesitaria un texto muy positivo para aceptar semejante anomalía. ¿Pero dice la ley lo que Leroy le hace decir? No, la ley no establece condicion; prevé únicamente lo que se hace en los casos ordinarios, lo cual conduce á una consecuencia muy diferente.

Otro tanto diremos del discurso del orador del Tribunal. Huguet dice igualmente que habria injusticia en privar á los legatarios y donatarios del goce de los bienes que les son devueltos; que puesto que se pone á los presuntos herederos en posesion provisional, lo que para ellos es una sucesion anticipada, es forzoso, por una consecuencia necesaria y justa, dar tambien á los legatarios y donatarios el goce de sus legados y donaciones; pero añade esta restriccion: *en el caso únicamente de la toma de posesion de los herederos* (1). Repetimos que estas expresiones restrictivas no se encuentran en la ley; que ponerlas allí es alterar el texto y el espíritu.

A los informes y discursos de los tribunos, opondremos las palabras de Bigot-Prémeneu, orador del gobierno. Coloca en la misma línea á todos los que tienen derecho y no dice ni una palabra de la que pueda inferirse que los unos están subordinados á los otros: «La apertura de los testamentos y su ejecucion provisional, deben ser autorizadas por los *mismos motivos* que hacen dar á los presuntos herederos la posesion de los bienes. El derecho que reciben de la ley y el que los legatarios reciben de la voluntad del ausente, deben igualmente comenzar con motivo de la muerte; si pues por efecto de la declaracion de ausencia, el tiempo en que estuviere comprobada la muerte se hubiera anticipado por la toma de posesion de los he-

1 Loaré, *Legislacion civil*, t. II, p. 270, núm. 12.

rederos, *debe serlo igualmente* por una entrega provisional á los legatarios.» Bigot-Prémeneu agrega: «Esos principios y esas consecuencias se aplican á todos los que tuvieren sobre los bienes del ausente, derechos subordinados á su defuncion; podrian ejercitarlos provisionalmente (1).»

Tal es el verdadero espíritu de la ley. Nuestra conclusion es que todos los que tienen derecho pueden ejercitarlo sin que los presuntos herederos hayan pedido la posesion provisional. Decimos *todos* los interesados. Se ha querido establecer una diferencia entre los legatarios universales y los legatarios á título universal ó á título particular, rehusando á éstos el ejercicio provisional de sus derechos, que se concede á los primeros (2). Eso no es lógico. Bajo el punto de vista de la apertura del derecho, no hay ninguna diferencia entre las diversas especies de legados; todos deben estar colocados en la misma línea. No es posible prevalerse de que el legatario universal tiene á veces la ocupacion, porque ésta no ejerce influencia alguna en materia de ausencia; estrechados los herederos, deben pedir la toma de posesion, lo mismo que los sucesores que no tienen la ocupacion. Tal es tambien la opinion generalmente seguida (3).

La jurisprudencia ha aceptado la doctrina que acabamos de exponer. Una sentencia hábilmente motivada de la corte de Orleans, ha reproducido los argumentos de Merlin y de Proudhon; la sentencia dice muy bien, que los derechos de los donatarios y legatarios, comienzan no por la toma de posesion de los herederos, sino por el sólo hecho de la declaracion de ausencia. Efectivamente, segun el art. 115, esta declaracion puede ser promovida por todos los terceros interesados aparte de los herederos; puede, por lo mis-

1 Exposicion de los motivos en Loaré, t. II, p. 256, núm. 22.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 271, núm. 3.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 251.