

mo, ser declarada por el juez independientemente de la demanda de los herederos, y aún á pesar de su negativa. Ahora bien, desde que existe la declaracion de ausencia, debe producir sus efectos para todas las partes; desde ese momento esta declaracion debe abrir todos los derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente (1). ¿Se concebiria que la ley diere á los legatarios y donatarios el derecho de promover la declaracion de ausencia sin el concurso de los herederos y aún á pesar suyo, y que despues les rehusase el ejercicio provisional de sus derechos, cuando la declaracion de ausencia no es más que un preliminar de la posesion provisional?

Hay una sentencia de la corte de Gante, que parece ménos explícita. La corte sienta en principio que la toma de posesion provisional de los herederos, debe preceder al ejercicio provisional de los demás derechos subordinados á la condicion del fallecimiento del ausente. Eso es incontestable, puesto que lo dice el art. 123. Pero la corte admite que puede haber circunstancias en que los interesados obtienen el ejercicio de sus derechos sin que haya habido posesion provisional. Unicamente la sentencia quiere que en ese caso sea intentada la accion contra los herederos legítimos (2). Hablando con más claridad, conviene decir que los herederos sean puestos en litigio. No están en posesion, en consecuencia, la accion no puede ser intentada contra ellos; pero son los opositores legítimos de todos los que reclaman derechos sobre los bienes del ausente. Así resulta, si no del texto, al ménos del espíritu de la ley.

1 Sentencia de 25 de Junio de 1835. (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 248.

2 Sentencia de 6 de Julio de 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 197).

### § 3. Sobre qué bienes procede la posesion provisional.

166. El art. 120 dice que los presuntos herederos podrán obtener la posesion provisional de los bienes que pertenecian al ausente el dia de su partida ó el de sus últimas noticias. Eso implica que la posesion no comprende los derechos que podrian comenzar en beneficio del ausente despues de su desaparicion. Tal es, en efecto, la teoría del código de Napoleon, que más adelante expondremos. Supóngase que se abre una sucesion, á la que seria llamado el ausente si viviera aún. El art. 136 dice que recaerá exclusivamente en aquellos con los que habria tenido el derecho de concurrir, ó en su defecto en los que la hubieren recogido. La ley agrega: *Si la existencia del ausente no está reconocida*. Estas palabras se aplican, como veremos, á la presuncion de ausencia. Pero como en este primer periodo todas las probabilidades están todavía por la vida del que ha dejado su domicilio, sucede con frecuencia que los herederos presentes no niegan la existencia del ausente, y le abonan una parte en los bienes, la cual es entregada á los representantes del ausente, al curador nombrado por el tribunal ó al notario. Creemos que éste no tiene calidad ninguna para ejercitar los derechos del ausente, á no ser que el tribunal lo haya investido de ese poder; aún así, debe todavía depositar el numerario en la caja de consignacion, como dijimos ántes. Si despues es declarada la ausencia y si los presuntos herederos son puestos en posesion, ¿podrán reclamar la parte abonada al ausente en la herencia? El art. 120 decide la cuestion. ¿Pertenecian al ausente estos bienes el dia de su desaparicion? No, puesto que todavía no estaba abierta la herencia. No puede decirse que la particion le haya transmitido la propiedad de los bienes puestos en su porcion, porque la parti-

cion no hace más que liquidar derechos preexistentes, no establece derechos nuevos. La particion supone, pues, que el ausente ha podido heredar, es decir, que vivia aún cuando se abrió la herencia. Pero esta suposicion queda destruida con el fallo que declaró la ausencia, y con la toma de posesion de los presuntos herederos. Estos no tienen ninguna calidad para pedir los bienes que han sido atribuidos provisionalmente á la persona ausente por la particion. En efecto, la posesion que han obtenido se funda en una probabilidad de muerte, en tanto que no podrían reclamar los bienes recaidos en el ausente, habiendo certidumbre de vida. Su reclamacion estaria, pues, en contradiccion con su título; es decir, que es inadmisibile (1).

167. ¿Qué debe entenderse por bienes *pertenecientes al ausente* á la hora de su desaparicion? Todos los que están bajo su dominio, poco importa que tenga sobre ellos un derecho actual ó eventual. Un derecho condicional está bajo el dominio del acreedor, tanto como un derecho puro y simple, puesto que pasa á sus herederos; ahora bien, los que han entrado en posesion provisional son herederos; pueden, pues, ejercitar ese derecho. Tambien es de principio, que el que tiene una accion para obtener unos bienes, está considerado que los tiene; los entrados en posesion tendrán, pues, las acciones de nulidad, de rescision y en resolucion que pertenezcan al ausente. Por último, proseguirán la posesion que habia comenzado el ausente. No cabe duda alguna en estas decisiones, que no son más que la aplicacion de los principios generales de derecho (2).

Lo mismo es respecto de los frutos obtenidos ó percibidos al desaparecer el ausente, y de los que se obtengan ó perciban hasta la sentencia que declare la toma

1 Esta es la opinion general. Véase á Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 120, núm. 8 (t. I, p. 58).

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 357, núm. 446.

de posesion provisional. Los primeros pertenecian incontestablemente al ausente. No se puede decir que los demás le pertenecen, porque se ignora si vivia aún en el instante de su vencimiento ó de su percepcion. Pero poco importa. Los frutos son un accesorio de los bienes; deben, en consecuencia, ser entregados con éstos á los que obtienen la posesion provisional. La ley lo dice expresamente respecto de los presuntos herederos. «Se emplearán los frutos obtenidos,» dice el art. 126; son, pues, entregados á los poseedores, quienes los capitalizan y disfrutan de ellos despues, como de los demás bienes del ausente (art. 127). Lo mismo debe ser respecto de los frutos producidos por los bienes que son entregados provisionalmente á los donatarios, á los legatarios y á todos los que tienen derechos subordinados á la muerte del ausente, porque hay el mismo motivo para decidir: los frutos siguen como accesorio á lo principal. A primera vista podria creerse que deben aumentar el patrimonio del ausente, de donde se podria deducir que son entregados con ese patrimonio en las posesiones provisionales. En realidad no puede ser así; porque siendo percibidos ú obtenidos esos frutos despues de la desaparicion del ausente, no le pertenecen en esta época; así, pues, no están comprendidos como tales en la posesion provisional. Si son entregados á los presuntos herederos, es en calidad de accesorios; ahora bien, los demás interesados obtienen tambien la posesion provisional, y por lo mismo deben con igual título aprovecharse de los frutos (1).

1 Esta es la opinion general. Véase á Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, ps. 90 y siguientes, núms. 86 y 87.

## § 3º Efectos de la posesion provisional.

## NUM. 1. OBLIGACIONES DE LOS POSEEDORES.

168. Segun el art. 125, «la posesion provisional no es más que un depósito.» Todos los autores hacen notar que esta expresion no debe tomarse al pié de la letra. El hecho es evidente. ¿Quizás administra un depositario? No, en tanto que el art. 125 agrega que ese depósito da á los que lo obtienen la administracion de los bienes del ausente. ¿Tiene acaso un depositario el goce de lo que está confiado á su cuidado? No, por cierto, mientras que los que están en posesion tienen derecho á una parte de los frutos. ¿Por qué entónces los autores del código emplearon una expresion á la cual ellos mismos le dan un mentis? La expresion de *depósito* tiene su razon de ser, nos revela el pensamiento fundamental de la ley. Lo que caracteriza el depósito es que el depositario solo tiene una obligacion, pero carece de derechos; el contrato está hecho únicamente en interés del depositante. Lo mismo pasa con la posesion provisional; no está establecida en interés de los poseedores, sino en el del ausente. Esto es lo que nos han enseñado los trabajos preparatorios y lo que enseña enérgicamente la palabra *depósito*. Tambien la ley comienza por enumerar las obligaciones que están impuestas á los poseedores; si les concede derechos, es porque les son necesarios para su mision de administradores. Si les da una parte de los frutos, es porque condescienden en encargarse de una administracion de la que son responsables. Conservemos, pues, esta palabra *depósito*; aunque inexacta, hace conocer mejor el espíritu de la ley que las teorías imaginadas por los autores.

169. El legislador sabia muy bien que los poseedores

provisionales no son verdaderos depositarios. El mismo dice en el art. 125 que tienen la administracion de los bienes del ausente. Son, pues, esencialmente administradores, quiere decir, mandatarios. ¿De quién tienen su mandato? Del tribunal que los pone en posesion. Duranton tiene razon entónces al decir que la posesion es un mandato judicial (1). Se debe agregar que no es gratuita la administracion de los poseedores, tienen derecho á cierto tanto en los frutos; llámese ó no salario á este goce, siempre significa que los poseedores no son mandatarios comunes. La observacion tiene importancia para precisar la responsabilidad que les incumbe. El art. 1992 decide la cuestion; dice que el mandatario es responsable no solamente del dolo, sino tambien de las faltas que cometa en su administracion. Añade que esta responsabilidad se exigirá con ménos rigor cuando el mandato sea gratuito, que cuando se reciba un sueldo. Como los poseedores reciben una remuneracion, debe deducirse que están sometidos rigurosamente á la responsabilidad que pesa sobre todo deudor, en virtud del art. 1137, el cual sienta el principio de que el deudor está en el deber de desempeñar su obligacion *con todos los cuidados de un buen padre de familia*. Sábese que en el lenguaje escolar eso se llama la falta ligera *in abstracto* (2).

Desde el punto de vista de la teoría, esta decision nos parece muy disputable. Los autores comparan á los poseedores provisionales con los herederos beneficiados. Es verdad que existe grande analogía entre ellos. Unos y otros administran juntamente en su interés y en el de los terceros interesados; deberian, pues, estar comprendidos en la misma falta. Ahora bien, el art. 804 dice que el heredero beneficiado no está comprendido más que en las faltas graves

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 393, núm. 487.

2 *Id.*, *ibid.*, núm. 489.

en la administracion de que está encargado. ¿Deberá decirse otro tanto de los poseedores provisionales? El legislador habria debido tener en cuenta su posicion especial para imponerles una responsabilidad ménos rigurosa que la del art. 1137; pero como no lo ha hecho, se debe conservar la regla establecida en este artículo, porque es general y debe aplicarse en todos los casos en que la ley no hace excepciones.

170. El art. 120 dice que los presuntos herederos podrán hacerse poner en posesion de los bienes del ausente, con la obligacion de prestar fianza para la seguridad de su administracion. Como sobre todo, en interés del ausente está que se organice la posesion provisional, la ley debia prescribir las garantías que le aseguren la restitution de sus bienes y los daños y perjuicios á que podrá tener derecho contra los poseedores. Tambien se exige la fianza al heredero beneficiado, si lo piden los acreedores (art. 807), aunque su derecho sea cierto, mientras que el de los poseedores no es más que eventual; basta que el heredero administre en interés de los acreedores para que éstos deban tener una garantía. Igual obligacion se impone á los hijos naturales y al cónyuge supérstite, llamados á heredar cuando no se presentan herederos legítimos (arts. 771 y 773). Tambien el usufructuario debe prestar fianza de hacer las veces de un buen padre de familia (art. 601). Es, pues, un principio general, que los que administran en interés de un tercero están obligados á dar caucion. Estando concebido en términos generales el art. 120, se debe decidir, sin duda alguna, que los mismos hijos del ausente deben prestar fianza cuando obtienen la posesion. Así se ha juzgado tocante al hijo natural (1). Puesto que es legal la caucion, deben aplicarse los

1 Sentencia de Agen de 16 de Abril de 1822 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 269).

arts. 2018 y siguientes del código civil. Así, pues, el fiador debe tener capacidad para contratar, poseer bienes bastantes para responder del objeto de la obligacion, y su domicilio debe estar en la jurisdiccion de la corte de apelacion.

171. ¿Qué se hará en el caso de que no encuentren fianza los herederos puestos en posesion de los bienes del ausente? Delvincourt propone aplicar por analogía lo que decide el código en caso de usufructo. Segun el art. 602, los inmuebles son dados en arrendamiento ó puestos en secuestro. Los caudales son impuestos, y los efectos vendidos; el art. 603 agrega que el propietario puede exigir que el usufructuario venda los muebles. La opinion de Delvincourt es observada con bastante generalidad (1); sin embargo, nos parece inadmisibile. ¿Cuál es el objeto de la posesion provisional? Que la administracion de los bienes del ausente sea confiada á los que tienen mayor interés en manejarlos con cuidado, puesto que manejan en cierto modo su propio patrimonio. Ahora bien, si se aplica el art. 601, la administracion es arrebatada á los herederos, lo que está en abierta oposicion con el objeto de la ley. A decir verdad, no existe analogía entre el usufructuario y el entrado en posesion. El primero tiene un derecho real sobre la cosa, un derecho al producto. No se puede decir que el poseedor tenga un derecho real; si la ley le da una parte de los frutos es para inducirlo á encargarse de la administracion. De ahí resultan diferencias considerables en lo que concierne á la fianza. Gozando el usufructuario en virtud de un derecho real, debia la ley conservar le su goce, aun cuando no encuentre fianza, á no ser que se prescribieran otras garantías en favor del propietario. Los herederos del ausente, por el contrario, no tienen ningun derecho al rendimiento; tienen una obligacion, la de administrar, y los

1 Delvincourt, t. I, p. 46, nota 9. Demolombe, t. II, p. 95, número 93, Zachariae, t. I, p. 298, nota 6.

frutos no les son aplicados sino porque administran. De aquí el que no haya necesidad de preocuparse de su derecho, sino del interés del ausente que exige que la administración corresponda á los herederos, pero con la condición de prestar fianza. Llegamos á esta consecuencia, que no ha lugar á aplicar los arts. 601 y 602 en materia de ausencia. Falta saber lo que debe hacerse. Creemos, con Merlin, que los herederos entrados en posesion, que no encuentren fianza, no podrán obtener la administracion; habrá, pues, lugar á conservar las medidas prescritas durante la presuncion de ausencia hasta que se presente otro heredero que preste fianza (1). Debe, no obstante, restringirse á esta decision. Segun el art. 2041, el que no puede encontrar fiador está obligado á dar en su lugar una prenda que dé la seguridad suficiente. El poseedor puede invocar el beneficio de esta disposicion. Con más razon se le admitirá una garantía hipotecaria (2).

172. El art. 126 establece tambien una garantía en favor del ausente; dice así: «Los que hayan obtenido la posesion provisional deberán proceder á la faccion de inventarios del mobiliario y de los títulos del ausente, en presencia del procurador imperial ó de un juez de paz requerido por dicho procurador.» El inventario es una medida prescrita por la ley en todos los casos en que los bienes de una persona son manejados por un administrador. Tambien deben formar inventarios los que tienen que dar fianza, el usufructuario, el heredero beneficiado y los sucesores irregulares. La ley impone tambien esta obligacion á los que dispensa de la fianza: tales son los tutores (art. 451), los maridos administradores y usufructuarios de los bienes de sus mujeres (arts. 1533, 1562). El entrado en posesion es

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 120, núm. 5 (t. I, p. 57).

2 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 384, núm. 473.

responsable (art. 125); el inventario es la base de la cuenta que debe rendir. El poseedor debe restituir los bienes; el inventario es una garantía indispensable para la restitucion del mobiliario y los títulos, que seria fácil sustraer si no estuviese comprobada su existencia con una acta auténtica.

173. El art. 126 agrega: «Los que hayan obtenido la posesion provisional podrán pedir, *para su seguridad*, que se proceda por un perito nombrado por el tribunal, al reconocimiento de los inmuebles con objeto de hacer constar el estado que guarden. Su informe será autorizado en presencia del procurador imperial.» *Para su seguridad*, dice la ley. ¿Cómo debe entenderse esta disposicion? Generalmente se interpreta en el sentido de que, si los entrados en posesion no proceden á este informe pericial, hacen presumir que recibieron en buen estado los inmuebles, y son responsables consiguientemente del deterioro que esos bienes hubieren sufrido, salvo el caso en que prueben que el deterioro no proviene de su culpa. Así lo decide el código en materia de arrendamiento. «Si no se ha hecho constar el estado que guardan las localidades, dice el art. 1731, se *presume* que el inquilino las recibió en buen estado de reparaciones locativas, y así debe devolverlas, salvo prueba en contrario.» Esta disposicion se aplica por analogía á la ausencia. M. Demolombe, apartándose completamente de la opinion general, da una razon excelente contra esta opinion: que no hay analogía entre el inquilino y el poseedor provisional (1). ¿En que está fundada la presuncion establecida en el art. 1731? En el art. 1720, que obliga al arrendador á entregar la cosa en buen estado de reparaciones de todas clases. ¿Por ventura tiene tambien accion el poseedor para que le sean entregados los bienes

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 99, núm. 98.

en buen estado de reparaciones? No sólo no tiene ninguna acción, sino que de hecho recibirá casi siempre los inmuebles en mal estado. Efectivamente, ¿cuándo se ha declarado la posesión? Después de cinco ú once años de ausencia, lo que casi equivale á tantos otros años de abandono. Sin duda que el tribunal prescribirá las medidas necesarias para la conservación de los bienes; pero el mismo legislador no tiene confianza en esta administración, desconfiando principalmente de los curadores; hé aquí por qué los sustituye con los presuntos herederos. Es, pues, más que probable que los bienes estén en mal estado el día de la posesión provisional. ¿Y se quiere que el legislador presuma que los poseedores los hayan recibido en buen estado?

Vamos más lejos; en concepto nuestro, la opinión seguida generalmente, descansa en un error de derecho. El art. 1731 establece una presunción; por consiguiente, una presunción legal. ¿Se pueden comprender las presunciones legales? No, haya ó no analogía, es de principio que las presunciones legales son de estricta interpretación; y la razón es muy obvia: al legislador corresponde ver si conviene establecer una presunción; á él toca examinar las probabilidades en que deben descansar las presunciones. En consecuencia, no hay presunción sin texto. Eso está fundado también en razón. Las presunciones derogan los principios generales sobre las pruebas; dispensan de toda prueba á aquel en cuyo beneficio existen (art. 1352). ¿Qué haría, según eso, el intérprete, extendiendo las presunciones por vía de analogía? Dispensaría de la prueba al que debía rendirla y la volvería sobre la parte contraria. Sólo el legislador puede establecer esas excepciones en el derecho común; cuando lo hace el intérprete se sale de los límites

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 99, núm. 96.

de su misión, redacta la ley. Si insistimos tanto sobre este punto, es porque á cada instante los autores establecen presunciones extendiéndolas por vía de analogía. Nuestra conclusión es, que no se puede aplicar á los poseedores la presunción que establece la ley contra el inquilino.

Se nos preguntará cuál es entónces el objeto del art. 126, al permitir á los poseedores hacer un informe pericial para su seguridad. Bigot-Préameneu contesta á la pregunta. «Los herederos, dice, deberán, si quieren evitar en lo venidero, procesos sobre el estado en que recibieron los bienes, hacerlo constar así (1).» El objeto es, en consecuencia, prevenir los procesos. Si se levanta un proceso, se tendrá la prueba, no por vía de presunción, puesto que no la hay, sino conforme á los principios generales.

174. ¿Quién reporta los gastos que erogan los presuntos herederos desde la declaración de ausencia hasta la toma de posesión? Los pareceres están muy divididos acerca de este punto. Una sentencia de la corte de Colmar, ha puesto los gastos á cargo de los poseedores; primero, porque son los que se aprovechan de los bienes, y después, porque reciben, á título de indemnización, una parte considerable de los frutos. Esta opinión no ha encontrado eco: se opone á todos los principios. No es exacto decir que la posesión se da en interés de los poseedores; por el contrario, se ha dicho y repetido en las discusiones, en los informes y en los discursos, que la posesión se ha establecido en interés del ausente. En cuanto á los frutos, son concedidos á los herederos, no para indemnizarlos de los gastos que hagan, sino para inducirlos á encargarse de una administración que ninguno aceptaría si la ley no le hubiese señalado una ventaja. Hay autores que dividen los gastos, pero

1 Exposición de los motivos en Loaré, t. II, p. 256, núm. 21.