

cia de la corte de Lieja, que ya hemos citado, admite esta excepcion (1). A la verdad, está juiciosamente fundada. La ley debería dar este derecho al administrador. ¿Pero se lo da? Ahí está toda la cuestion. No; ¿y puede el intérprete, en el silencio de la ley, conceder al administrador el poder de enajenar lo que no le pertenece? Creemos que no. Esto sería hacer la ley.

180. Volvamos á la posesion provisional. Despues de haber dicho que el tribunal ordenará, si procede, la venta de todo ó parte del mobiliario, el art. 126 agrega: «En caso de venta, se empleará su precio y el de los frutos obtenidos.» Nada dice el código respecto del plazo dentro del cual deba hacerse el empleo; así como tampoco de la manera como deba emplearse. ¿Deben aplicarse, por analogía, las disposiciones de los arts. 1065-1067 (2)? A título de consejo, sí; pero no, en verdad, á título de obligacion. Es inútil, por demás, detenerse en este punto. Nuestra ciencia se ocupa de derechos y obligaciones, y no de consejos.

¿Deben los poseedores los intereses, si no hacen empleo del valor proveniente de la venta, ni de los frutos obtenidos? Toullier contesta «que deben los intereses, de pleno derecho, desde el dia en que pudo hacerse el empleo; han cometido falta, dice, si dejaron ociosos los capitales del ausente; se *considera* que los emplearon en beneficio propio (3).» El legislador podría decidirlo así, y habría debido hacerlo; ¿pero le es dado al intérprete? ¿Cómo correrían de pleno derecho, sin texto, los intereses? ¿Cómo se *reputaría* que los poseedores habían empleado en su provecho las cantidades, también sin texto? ¿Hay presuncion legal

1 *Pasicrisis*, 1848, 2, 116.

2 *Curso del Código de Napoleon*, por Demolombe, t. II, p. 98, número 97.

3 Toullier, *El derecho civil francés*, t. I, p. 367, núm. 428.

sin ley? En el silencio de la ley, es preciso atenerse á los principios generales. No hay ley que obligue á los poseedores á hacer el empleo en determinado plazo; si no han empleado los fondos, si los han manejado mal, podrán ser sentenciados á indemnizacion de daños y perjuicios. Si emplearon los fondos en beneficio propio deberán el interés desde el dia de ese empleo; así lo dice el art. 1996 hablando de cualquier mandatario, y los poseedores son mandatarios; pero toca al demandante rendir la prueba del hecho, porque la ley no establece ninguna presuncion.

181. El art. 128 dice que los poseedores provisionales no pueden enajenar ni hipotecar los inmuebles del ausente. Esta es una consecuencia evidente del principio de que la posesion provisional no es más que un depósito y que los poseedores no tienen más que un poder de administracion (art. 125). El principio se aplica á todo acto de disposicion. En consecuencia, los poseedores no pueden transigir. ¿Qué debe resolverse si hay necesidad ó ventaja notoria para el ausente, en que sea consentida una hipoteca sobre sus bienes, en que sea enajenado uno de sus inmuebles, ó en que setransija en un litigio en que esté envuelto? El código no contesta á estas preguntas. En lo concerniente á la hipoteca ha sido llenado el vacío con la ley hipotecaria belga de 26 de Diciembre de 1851, que, en su art. 75, dice: «La hipoteca de los bienes de los ausentes, mientras esté conferida provisionalmente la posesion, está sometida á las formalidades prescritas para los menores.» No existe disposicion análoga para la venta de los inmuebles, ni para las transacciones. ¿Pueden los tribunales, en el silencio de la ley, autorizar á los poseedores á enajenar ó transigir? Todos los autores doctrinan la afirmativa. Existe, empero, un motivo de duda. Se concibe que el juez autorice á un propietario, que sea incapaz, á enajenar: tales son las menores y los incapacitados. ¿Pero puede el



¿pueda autorizar á un administrador para que enajene lo que no le pertenece? En principio no tiene, por cierto, este poder: de consiguiente no podría autorizar al marido á vender los inmuebles de su mujer. ¿No debe decirse otro tanto de los poseedores? Hay una razon de diferencia que justifica la opinion seguida generalmente. Cuando el propietario está presente, él es el único á quien corresponde enajenar. Pero cuando está ausente, cuando hay incertidumbre sobre su vida, es imposible que intervenga. ¿No es esta una incapacidad que lo asimila á los menores? Nuestra ley hipotecaria hace esta asimilación para la hipoteca. Hay identidad de razon para la venta. Lo que confirma esta decision es que durante el primer período de la ausencia el tribunal tendria incontestablemente el derecho de autorizar la enajenacion si habia necesidad de ello (art. 112). ¿Por qué no habria el mismo derecho cuando esté declarada la ausencia? ¿Será porque hay herederos entrados en posesion? Pero los poseedores tienen sólo un poder de administracion, poder que no les permite enajenar, aun cuando lo exigiera el interés del ausente. Por lo mismo, es preciso que el tribunal pueda autorizarlos para vender, como puede autorizarlos para hipotecar (1). Lo que decimos de la venta, se aplica naturalmente á la transaccion.

182. ¿Seria nula la venta, si los poseedores enajenaran un inmueble del ausente sin autorizacion legal? Hacen lo que no tienen el derecho de hacer; de consiguiente es nulo lo que hacen. Es verdad que lo mismo seria respecto de un administrador en general: la venta hecha por el tutor ó por el marido seria nula. ¿Por qué no seria igual respecto de la enajenacion consentida por los poseedores? Lo que hemos dicho tocante á la venta de los objetos muebles, se aplica, con más razon, á la venta de los inmuebles, pues-

1 Esta es la opinion general. Véase á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 285-286. Demolombe, t. II, p. 113, núm. 115.

to que la ley la prohíbe expresamente á los poseedores. ¿Si hay nulidad, quién puede pedirla? Esta es la verdadera dificultad. El ausente, si regresa, no necesita pedir la nulidad, puede reclamar; no lo liga la venta hecha sin derecho por los poseedores. ¿Pueden las partes contratantes pedir la nulidad de la venta? Generalmente se concede este derecho al comprador, pero se le niega al vendedor, porque estando obligado á garantizar, no puede quitar. Ya hemos contestado anticipadamente á la objeccion. Los poseedores pueden y hasta deben pedir la nulidad para conservar los derechos del ausente, á no ser que respondan de su hecho como garantes. En apoyo de nuestra opinion, citaremos una sentencia de la corte de Bruselas que ha decidido que los poseedores no pueden transigir, y que si lo hacen, pueden pedir la nulidad de la transaccion (1).

183. Los autores van más léjos. Enseñan que los poseedores pueden válidamente enajenar los inmuebles del ausente, si se limitan á vender los derechos que tienen sobre esos inmuebles ó si venden con estipulacion de resolucion del contrato, para el caso en que el ausente viva aún (2). Nos es imposible admitir esta opinion. Dicese que nada impide á los poseedores vender sus derechos. Eso supone que los tienen. Pero si consultamos el código, leemos en él que la posesion provisional no es más que *un depósito* que da á los que lo obtienen la administracion de los bienes del ausente. ¿Acaso tiene derechos un depositario, y podría enajenar esos pretendidos derechos? ¿Por ventura un administrador tiene derechos que pudiera ceder? Tiene un cargo, está obligado á administrar. ¿Se enajena un cargo, una obligacion? Si preguntáramos á los autores del código civil por qué han concedido la posesion provisional á los

1 Sentencia de 27 de Julio de 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 226). Véase, en sentido contrario, á Demolombe, t. II, p. 145, núm. 137.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 317, núm. 2.



presuntos herederos, nos contestarian que lo han hecho en interés del ausente, á fin de que su patrimonio esté bien administrado. Y hé ahí que los administradores en vez de administrar enajenan; de lo que resulta que los compradores, los terceros, los primeros que se presentan serán los que manejen los intereses del ausente. ¡Los intereses del ausente! ¿Pensarán en eso? ¿Quizás en interés del ausente han comprado sus inmuebles? Pudiendo ser despojados de un dia á otro, administraron, como en alguna parte dice Merlin, á la manera de los conquistadores. ¿Es esta la garantía de una buena administracion que la ley ha tratado de conceder al ausente?

184. Bajo otra faz se presenta la misma cuestion. Se pregunta si los presuntos herederos del ausente pueden ceder los derechos que les da la posicion provisional. Los autores les reconocen esta facultad. Se fundan en el derecho de trasmision que la ley les concede cuando fallecen ántes de la posesion provisional. Hemos contestado á este pretendido derecho de trasmision; en concepto nuestro, la ley es la que convoca á los sucesores de los presantos herederos; éstos no pueden transmitir derechos, puesto que no tienen ninguno. No pueden, por lo demás, ceder un derecho que no tienen. Eso nos parece evidente si se hace la cesion ántes de que entren en posesion de los bienes. ¿Qué sucederia con la cesion si el esposo presente optara por la continuacion de la comunidad? La cesion se habria basado sobre un derecho que no existe, no tendria objeto; en consecuencia seria radicalmente nula. Pero supongamos que los herederos ceden sus derechos despues de haber obtenido la posesion provisional. Tambien careceria de objeto la cesion; ¿por qué cedieron? ¿en calidad de depósito? ¿de administracion? Cedieron su derecho á los frutos, se dirá. ¿Pero con qué condicion tienen derecho á los frutos? A cargo de administrar. Si no administran, no disfrutan. Eso

decide la cuestion; inútil es repetir lo que acabamos de decir, que la ley ha concedido la posesion provisional á los herederos por motivos que les son del todo personales; de aquí que no se conciba que se descarguen de una administracion que les ha sido confiada en razon del interés que tienen de manejarla bien (1).

185. ¿Se aplica tambien á las disposiciones testamentarias lo que decimos de la cesion intervivos? Es preciso distinguir de antemano si han muerto los presuntos herederos, dejando un legatario universal, ántes de la posesion provisional, ó despues de que han obtenido la posesion de los bienes del ausente. ¿Si fué ántes de la declaracion de ausencia, no se puede decir que los legatarios ejercen sus derechos bajo el mismo titulo que los sucesores *ab intestat*? La ley es la que los convoca más bien que la voluntad del testador. No obstante esto, hay un motivo de duda. A los parientes legítimos y no á los extraños, es á los que pretende el legislador encargar de la administracion de los bienes. De consiguiente se deberia, en rigor, separar á los legatarios. ¿Pero no seria alejarse del texto de la ley á fuerza de pegarse á su espíritu? La ley convoca á los presuntos herederos el dia de la desaparicion, y por tanto sus sucesores universales, herederos testamentarios, lo mismo que herederos *ab intestat* (2). Por la misma razon debe admitirse que si muere un poseedor provisional, sus sucesores testamentarios ó *ab intestat* continúen la administracion (3).

186. ¿Pueden los poseedores provisionales efectuar convenios sobre la sucesion del ausente? Es esta una cuestion

1 Consúltese á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 472.

2 Los autores admiten á los legatarios en virtud del derecho de trasmision (Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 283). La jurisprudencia está conforme (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 237).

3 La jurisprudencia está en este sentido (Dalloz, en la palabra *Ausentes*, núms. 234, 236).



muy debatida. Si son verdaderos los principios que hemos establecido, debe contestarse sin vacilar que no tienen ese derecho los poseedores. ¿Cómo podrían efectuar convenios sobre la sucesion del ausente, si no son más que simples administradores que sólo tienen el depósito de sus bienes? Los que tienen el cargo de administrador, deben limitarse á administrar. Aparte de eso, no tienen ningun derecho. No es esa la opinion generalmente seguida. Los autores y las cortes disputan sobre la cuestion de saber si los convenios hechos por los poseedores, son pactos sucesorios, y como tales, nulos. La corte de casacion ha fallado el pro y el contra; la doctrina está dividida, lo mismo que la jurisprudencia (1). Verdad es que hay diferencia entre los convenios que los poseedores provisionales celebrarían sobre la sucesion del ausente, y los que celebran los presuntos herederos sobre la herencia de una persona viva. Estos últimos están proscritos porque envuelven el deseo de la muerte y podrían inspirar proyectos criminales. No se pueden tachar de inmoralidad los pactos que los poseedores hacen sobre la sucesion de un ausente. De esto se deduce, que tales convenios no son verdaderos pactos sucesorios. Por otra parte, ¿puede decirse que sean convenios sobre una sucesion abierta? Tampoco. Durante los dos primeros períodos de la ausencia no puede tratarse de la sucesion del ausente, porque no hay presuncion de muerte. ¡Cómo! ¡los herederos celebrarían convenios sobre la sucesion del ausente, cuando la ley no les confía la administracion de sus bienes más que por solicitud hácia el ausente! No es sino durante el tercer período cuando se procede á la particion de sus bienes (art. 129), y hasta despues de la posesion definitiva es cuando pueden los herederos hacer sobre esta particion, ó acerca de ella, convenios sobre la herencia del

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 463-470. Demolombe, t. II, p. 133 y siguientes, núms. 130 y 131.

ausente. Mientras es provisional la posesion, el interés del ausente domina al de los poseedores. En definitiva, los convenios que éstos celebrarían sobre la sucesion del ausente, aun cuando no fueran verdaderos pactos sucesorios, tampoco serían nulos, puesto que tendrían por objeto una sucesion que no está abierta, y que se efectuarían por administradores que carecen de toda autoridad para llevarlos á cabo.

187. ¿Pueden los acreedores de los presuntos herederos ejercitar los derechos que la ley concede á éstos? M. Demolombe enseña que pueden promover la declaracion de ausencia en nombre de los herederos, sus deudores; que pueden pedir la posesion y ejercerla, en virtud del art. 1166. Los acreedores estarían, en consecuencia, llamados á administrar los bienes del ausente. ¿Cómo lo efectuarían? Por medio de un curador, contesta M. Demolombe (1). Esta manera de administrar nos hace ya sospechar mucho de la opinion que la admite. Acordémonos de la desconfianza que el legislador ha mostrado hácia los curadores; aun cuando permite al tribunal nombrarlos, en caso de necesidad, no expresa su nombre; lo hace para poner término á una administracion que cree mala, que organiza la posesion provisional en beneficio de los presuntos herederos. ¡Y permitiría la ley á los acreedores de los herederos sustituir un curador, que ella desecha, con un nuevo curador! ¿Es este el caso de aplicar el art. 1166? Los acreedores pueden ejercitar los derechos pecuniarios de su deudor. ¿Acaso la posesion provisional es un derecho pecuniario? Ante todo es un cargo que la ley confía á los herederos por motivos que les son del todo personales. ¿Con qué título vendrían los acreedores á desempeñar un cargo para el que la ley llama á los parientes como tales? Verdad es que hay frutos que percibir, pero los

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 84, núm. 78.



herederos no tienen derecho á esos frutos sino porque administran. Se dirá que la posesion provisional abre provisionalmente la sucesion y que los acreedores deben tener los mismos derechos en caso de ausencia que los que les da la ley despues de la apertura de la sucesion. No admitimos que haya apertura de sucesion despues de la declaracion de ausencia, y aun cuando lo admitiéramos, seria necesario además que los herederos hubiesen renunciado á esta sucesion, con fraude de sus acreedores, para que éstos pudieran, en virtud del art. 788, aceptarla en nombre de su deudor. ¿Pero cómo renunciarían los herederos á una sucesion que no está abierta? Todo lo que puede decirse es que no proceden, ni piden la posesion. En vano buscamos un principio que permita á los acreedores pedirla en su nombre. En favor de nuestra opinion existe una sentencia de la corte de Metz (1).

188. ¿Pueden los poseedores provisionales ejercitar las acciones del ausente? Segun el art. 134, «una vez declarada judicialmente la ausencia, todo el que tuviere derechos que ejercer contra el ausente, no podrá repetir más que contra las personas que estén en posesion de los bienes.» La ley nada dice de las acciones activas. Merlin cree que el art. 120 decide la cuestion; si el art. 134 no habla de las acciones que el ausente tiene que ejercer, es evidentemente, dice este autor, porque ya fué previsto en el art. 120, es decir, porque la sentencia que pone al presunto heredero en posesion provisional de los bienes del ausente, trasfiere por precision en sus manos el ejercicio de todos los derechos activos que forman parte de sus bienes (2). Nos sorprendemos de que esta infundada razon

1 Sentencia de 7 de Abril de 1823 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 175).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 134, núm. 1 (t. I, p. 71).

haya seducido á Merlin y en seguida á casi todos los autores. Se olvida de que la toma de posesion *no es más que un depósito*, esos son los términos de la ley. Se olvida de que el único objeto de la posesion provisional, es dar á los que la reciben la administracion provisional de los bienes del ausente; tambien la ley es la que lo dice (art. 125). Los herederos entrados en posesion no tienen, por consiguiente, el ejercicio de todos los derechos activos que forman parte del patrimonio del ausente, no lo tienen, al ménos, más que como administradores. De donde se sigue que sus poderes, en cuanto á las acciones, son los de todo administrador. Falta saber cuáles son esos poderes.

El art. 464 prescribe que el tutor no puede introducir ninguna accion relativa á los derechos sobre bienes inmuebles del menor, sin autorizacion del consejo de familia. De esto se deduce que tiene el derecho de intentar las acciones mobiliarias. La ley observa el mismo principio en cuanto al menor emancipado; no le permite intentar una accion inmobiliaria sino con la asistencia de su curador (art. 482). Respecto del marido administrador de los bienes de su mujer, puede, dice el art. 1428, ejercer únicamente todas las acciones mobiliarias, lo que implica que no tiene el derecho de intentar las inmobiliarias. La combinacion de estos diversos artículos prueba que el código observa como principio general que el administrador tiene las acciones mobiliarias, pero carece de las inmobiliarias. Este principio debe recibir su aplicacion en los poseedores, puesto que no tienen más poder que para administrar (1).

Se objeta que el mismo código deroga este principio, al decidir que la accion de particion puede ser ejercitada por los parientes á quienes se haya dado posesion

1 Esta es la opinion de Durantou, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 395.



(art. 817). Si tienen la accion de particion, se dice, deben tener, por identidad de razon, todas las acciones inmobiliarias. Contestamos que la disposicion del art. 817 es del todo especial; la accion de particion está regida, en efecto, por principios especiales, ocupa el medio entre los actos de disposicion y los actos de administracion. De aquí que no se pueda extender á las acciones inmobiliarias lo que la ley dice de las acciones de particion. Despues de todo, no es el art. 817 el fundamento de la materia, sino el art. 134. Este artículo se volveria completamente inútil si se admitiese que los poseedores tienen las acciones activas; si las tuvieran, con más razon tendrian las pasivas; no dándoles la ley más que las acciones pasivas, debe deducirse que no les permite proceder en nombre del ausente.

Se hace además una singular objecion contra el principio que sostenemos. ¿Por qué pedir, se dice, la autorizacion del tribunal para entablar una demanda sobre bienes inmuebles, cuando el tribunal debe conocer de ella? Se pide porque la ley exige una autorizacion. Como garantía evidentemente. Lo que supone que la autorizacion puede ser denegada, si no está fundada en pretension. ¿Se deberá dejar litigar á los poseedores, cuando es seguro que quedarán vencidos? Tambien la mujer casada ocurre á la justicia para obtener la autorizacion de litigar, cuando su marido no quiere ó no puede dársela. ¿Quién ha pensado nunca que fuera inútil ese paso (1)?

189. ¿Corre contra los ausentes la prescripcion? Sí, por la razon muy sencilla de que la ley no la suspende, y el art. 2251 dice que la prescripcion corre contra toda clase de personas, á no ser que se encuentren comprendidas en una excepcion legal. Eso decide la cuestion. Pero es gran-

1 Véanse, en sentido contrario, á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 346, y á Demolombe, t. II, p. 111, núm. 114.

de la dificultad de saber si la prescripcion corre contra el ausente ó contra los poseedores. Se comprende el interés de la cuestion cuando el ausente es menor, y mayores los poseedores, ó cuando éstos son menores, siendo mayor el ausente. Desde el punto de vista de los principios que hemos establecido, la cuestion no es ya una. Los poseedores son depositarios. ¿Corre acaso la prescripcion contra el depositario? Los poseedores son administradores. ¿Corre, por ventura, la prescripcion contra un mandatario? Si se admite que la toma de posesion es una apertura provisional de la herencia, si se admite que los poseedores tienen todas las acciones del ausente en virtud de su posesion, entónces debe preguntarse quién es parte interesada en la prescripcion. ¿Es el ausente, ó son los poseedores?

Si es verdad que los poseedores son herederos más bien que administradores, entónces parece lógico decidir que la prescripcion corre contra ellos y no contra el ausente. Tal es tambien el pensamiento de los autores. La accion es intentada por el entrado en posesion; si es menor, se habrá suspendido la prescripcion á pesar de la mayoría del ausente; si es mayor, habrá corrido la prescripcion, aun cuando el ausente fuese menor. ¿Por qué? Porque, al decir de Merlin, el que tiene la posesion está considerado que goza de los derechos de un verdadero propietario bajo la condicion resolutive de reintegrar. Así resulta del art. 120, segun el cual la ley concede la toma de posesion á los presuntos herederos, el dia de la desaparicion del ausente ó el de sus últimas noticias. Pero si el ausente ha intentado la accion, siendo menor, ó si despues de entrar á la mayor edad, no ha trascurrido un tiempo suficiente para prescribir contra él, no habrá corrido ciertamente la prescripcion, aun cuando los poseedores fuesen mayores; porque en esta hipótesis, los presuntos herederos no habrán sido más que administradores; y nunca es del principal del