

hijos, debe nombrarse un tutor que sustituya al padre. Será un tutor provisional, dice la ley. ¿Quiere decir que después de la declaración de ausencia se nombrará un nuevo tutor, que será definitivo? De antemano hemos contestado la pregunta. Todo es provisional durante el segundo período de la ausencia; el mismo código lo dice, puesto que organiza una posesión provisional. ¿Cómo podría ser definitiva la tutela, cuando el verdadero tutor, es decir, el cónyuge ausente, puede reaparecer de un día á otro?

Así, pues, en las dos hipótesis previstas en el art. 142, la declaración de ausencia en nada modifica las medidas tomadas durante el primer período. Lo mismo es en el caso del art. 143, si uno de los cónyuges desaparece dejando hijos nacidos de matrimonio precedente. La tutela se abre antes de la desaparición del ausente y continúa después de que el tutor hubiere desaparecido; pero como no puede ejercer sus funciones, la ley exige que se le sustituya con un tutor provisional, el cual permanecerá en ejercicio después de la declaración de ausencia, en tanto que el cónyuge presente no regresare.

En definitiva, el capítulo IV provee á todas las necesidades, si hay hijos menores. La declaración de ausencia deja subsistir las medidas que han sido tomadas durante la presunción de ausencia.

CAPITULO IV.

DE LA POSESION DEFINITIVA Y DEL FIN DE LA AUSENCIA.

SECCION I.—De la posesion definitiva.

§ 1º Cuando procede.

222. La toma de posesión definitiva procede en dos casos: primero, si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesión provisional, ó desde la época en que el cónyuge comun haya tomado la administración de los bienes del ausente; después, si han trascurrido cien años desde el nacimiento del ausente (art. 129). ¿Cuál es el punto de partida de los treinta años, en la primera hipótesis? La ley lo dice: es la posesión provisional ó la administración legal del cónyuge comun en bienes. A pesar de este texto expreso, la mayor parte de los autores doctrinan que el plazo corre desde la declaración de ausencia. No es la posesión provisional, dicen, ó la administración legal, la que hace nacer la presunción ó cuando ménos la probabilidad de muerte, sino la declaración de ausencia pronunciada después de las informaciones solemnes y de una publicidad que llegue á todas partes del mundo. ¿Qué importa entonces cuándo tenga lugar la posesión provisional? ¿que importa siquiera que tenga lugar? El fallo que decla-

ra la ausencia no subsiste ménos con todas sus consecuencias. Ahora bien, en la probabilidad creciente de la defuncion es en lo que está fundada la posesion definitiva. De aquí que el plazo de treinta años deba correr desde el día en que esta probabilidad está legalmente establecida; de consiguiente, desde la declaracion de ausencia (1). Preferimos la opinion contraria profesada por M. Plasman (2). Se funda en una autoridad que debe respetar el intérprete, la autoridad de la ley. Cuando el texto es tan claro como puede serlo, ¿con qué derecho separarse de él? ¿Se prueba por ventura que el texto nõ responde á la intencion del legislador? No se cita una palabra que pueda hacer sospechar que el legislador no ha dicho lo que queria decir. Y, nótese bien, el art. 129 reproduce dos veces la misma decision: despues de haber dicho «si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesion provisional,» la ley repite «ó desde la época en que el cónyuge comun haya tomado la administracion de los bienes del ausente». Con evidencia, si la mente del legislador era hacer correr el plazo desde la declaracion de ausencia, le habria sido mucho más sencillo decirlo, en vez de expresar dos veces lo contrario. Para eludir el texto del art. 129, Marcadé le opone el art. 127, segun el cual, *despues de treinta años de ausencia*, la totalidad de las rentas pertenece á todos los que han administrado los bienes (1). Pero para prevaleerse del art. 127 es necesario comenzar por probar que la palabra *ausencia* puesta en él significa *la declaracion de ausencia*; ahora bien, eso es más que dudoso. Además, la hipótesis del art. 127 no es la del art. 129; el primero concierne á la cantidad de los frutos que la ley aplica á los

1 Esta es la opinion comun (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 432).

2 Plasman, *Código y Tratado de los ausentes*, t. I, p. 227.

3 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 320, núm. 4.

que administran los bienes; para regularla se tiene en cuenta el tiempo que ha trascurrido desde la desaparicion ó las últimas noticias. En el art. 129 se trata de fijar el momento en que tendrá lugar la posesion definitiva; aquí la ley no tiene en cuenta la época de la desaparicion ó de las últimas noticias, sino la época en que ha comenzado la posesion provisional; los dos artículos preven hipótesis diferentes, el uno no puede anular al otro.

¿Es cierto que el texto del art. 129 está en oposicion con el espíritu de la ley? El texto hace correr el plazo de treinta años desde la posesion provisional ó desde la administracion legal, lo que supone que existe un fallo que declara la ausencia. Si la posesion tiene lugar por el mismo fallo que declara la ausencia, ya no hay cuestion. Si la posesion tiene lugar por un fallo posterior, correrá el plazo desde ese segundo fallo; ¿hay en esto algo de absurdo que no pueda aceptar la razon? No, en verdad. Pero si despues del fallo que declara la ausencia no habia posesion, entónces, se dice, seria absurdo aplazar indefinidamente la posesion definitiva. Nosotros pensamos, por el contrario, que precisamente en esta hipótesis la ley se justifica plenamente. Los presuntos herederos son los que promueven la declaracion de ausencia con el objeto de obtener la posesion provisional. La ausencia es declarada, luego los herederos quedan en la inaccion. ¿Qué debe deducirse de esto? Que se han recibido noticias del ausente, que se han adquirido hechos que se ignoraban; en consecuencia, la posesion provisional será aplazada. Nosotros preguntamos: ¿no es lógico, en ese caso, dejar correr el plazo de treinta años desde la posesion provisional, en vez de dejarlo correr desde la declaracion de ausencia?

223. ¿Quién puede pedir la posesion definitiva? Todos los que tengan derecho, dice el art. 129. ¿Quiénes son los que tienen derecho? Regularmente serán los que hayan ob-

tenido la posesion provisional. Es adrede como la ley se sirve de una expresion más general. En primer lugar puede suceder que no haya habido posesion provisional; cuando el cónyuge comun en bienes opte por la continuacion de la comunidad, los que tienen derechos subordinados á la condicion del fallecimiento del ausente, no pueden ejercitarlos sino despues de treinta años, cuando há lugar á la posesion definitiva. Tambien puede suceder que los herederos más inmediatos no hayan solicitado la posesion provisional, no importa por qué razon; en ese caso podrán pedir la posesion definitiva. ¿Pues quiénes son los *que tienen el derecho* de que habla el art. 129? Son los presuntos herederos. ¿Y á que época es preciso remontarse para determinar quiénes son estos herederos? No hay otra que la de la desaparicion ó de las últimas noticias. El art. 120 lo dice, y sirve para interpretar el art. 129. Se podria fijar otra época, si se tuviera la prueba de la defuncion del ausente. Pero entónces no seria ya cuestion de posesion; habria lugar á partir la herencia (1).

224. ¿Quién declara la posesion definitiva? El tribunal de primera instancia, dice el art. 129. Cuando procede declarar la posesion provisional, la ley prescribe informes y ordena la publicidad de las sentencias preparatorias y definitivas. El art. 129 nada prescribe cuando los interesados solicitan la posesion definitiva. Sin duda porque estando todas las probabilidades por la defuncion del ausente, serian inútiles los gastos que se impendieran. ¿Quiere decir que el tribunal no tiene el derecho de levantar una informacion? Todo lo que puede deducirse del silencio de la ley es que no está obligado á ello; pero en materia de ausencia, el juez es el protector nato del ausente. Puede, en consecuencia, si lo estima útil, proceder á una averiguacion.

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Ausente*, § 3]

Bigot-Prémeneu supone tambien que esa será la marcha regular. «El tribunal, dice este autor, comprobará, en la forma ordinaria, que será la de una averiguacion con audiencia del comisario del gobierno, que desde la primera toma de posesion, ha continuado la ausencia sin recibirse noticias del ausente (1).

§ 2º Efectos de la posesion definitiva.

225. Dice un autor francés que es muy difícil definir el derecho de los poseedores definitivos, derecho en que se amalgaman diferentes condiciones, propiedad bajo muchos aspectos y mandato en ciertas relaciones (2). No vemos en dónde está esa dificultad. Bigot-Prémeneu ha explicado perfectamente el objeto de la posesion definitiva y los derechos que resultan de ella para los poseedores. Es necesario, dice, que cese el estado precario en que están los herederos durante el segundo período de la ausencia; cuando han trascurrido treinta y cinco años por lo ménos desde la desaparicion, los herederos tienen el derecho de solicitar que su suerte sea al fin fijada. ¿En qué sentido fija su suerte la posesion definitiva? El orador del gobierno contesta que no serán ya simples depositarios de los bienes, que la propiedad descansará sobre ellos, y que podrán enajenarlos. ¿Es decir, que son propietarios irrevocables? No; si regresare el ausente terminaria en el acto el derecho de los herederos poseedores. Con respecto al ausente, los herederos no pueden ser propietarios, porque no hay herencia de una persona viva. No siendo propietarios, no son en realidad más que mandatarios y administradores. Esa es su doble calidad. ¿Por qué esta posi-

1 Exposicion de los motivos (Loire t. II, p. 258, núm. 29.)

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 174, número 154.

cion que parece contradictoria? ¿por qué son juntamente propietarios y administradores? Bigot-Préameneu nos lo dice. El interés público exige que los bienes del ausente vuelvan á entrar en el comercio. De consiguiente, es preciso que los poseedores tengan el derecho de enajenarlos, y si el ausente reapareciere, deberá respetar todos los actos ejecutados por los herederos.

Tal es la teoría de la posesion definitiva. Al presente, comprendemos por qué la ley le da ese nombre. Es definitiva en lo concerniente á las relaciones de los poseedores con los terceros; todos los actos ejecutados por los herederos son válidos y permanecen como tales, aun cuando reapareciera el ausente; son definitivos. Pero la posesion no es definitiva respecto del ausente, ni podria serlo. El proyecto de código declaraba á los poseedores propietarios incommutables, aun respecto del ausente. Esto era una verdadera herencia jurídica, porque equivalia á decir que hay herederos de una persona viva, dando la preferencia á los herederos frente de aquel cuyo derecho tienen. La teoría del código, aunque contradictoria en apariencia, es muy lógica; es el principio de la propiedad revocable, pero revocable sin retroactividad. El interés público exige que los poseedores sean propietarios respecto de los terceros; el derecho del ausente no permite que lo sean en lo que á él se refiere. En consecuencia, son propietarios en tanto que el ausente no reaparezca; desde el momento en que vuelva, es revocado su derecho, pero sólo para lo venidero.

226. El art. 129 dice que los que tienen derecho podrán solicitar la particion de los bienes del ausente. Esta disposicion establece una diferencia radical entre la posesion definitiva y la posesion provisional. Los poseedores provisionales no son más que administradores; como tales, bien pueden repartirse la administracion; pero no se concibe que se repartan la propiedad ni aun el goce de los bienes del

ausente (1). Sólo cuando ha lugar á la posesion provisional es cuando está fijada su suerte, como dice Bigot-Préameneu. De consiguiente, en esta época es cuando pueden pedir la particion. La posesion definitiva no es otra cosa que una particion.

Puesto que los herederos se reparten los bienes del ausente, es necesario deducir que la masa divisible debe ser formada segun los principios generales sobre las herencias. De consiguiente, si uno de ellos ha recibido liberalidades sin cláusula de donacion expresa, debe restituirlas. Y si el difunto habia dado ó legado bienes, excediéndose de la porcion disponible, los herederos reservativos tendrán el derecho de pedir la reduccion. En vano se objetaria que son poseedores de los bienes del ausente, y que los bienes dados intervivos han salido definitivamente de su patrimonio. Se contesta, y la respuesta es concluyente, que la posesion definitiva no es más que una simple posesion, puesto que la ley autoriza á los herederos á dividir los bienes; ahora bien, ántes de que se puedan dividir debe formarse la masa divisible, lo que necesita el reintegro y la reduccion. El sistema contrario conduciria á este absurdo: que nunca habria lugar á reduccion de las liberalidades excesivas, á no ser que por casualidad pudiera probarse el dia de la defuncion del ausente.

Los herederos, al repartirse los bienes, se reparten asimismo las deudas; están obligadas á pagarlos como herederos universales. ¿Pero están obligados *ultra vires*? No creemos que se pueda extender hasta eso la asimilacion de la posesion definitiva y de la apertura de la herencia. La sucesion no está realmente abierta; no lo está más que con la prueba de defuncion del ausente. Esta es la disposicion expresa del art. 130. No ha lugar, pues, á aplicar el princi-

1 Véanse las páginas anteriores, núms. 195 y siguientes. Consúltese á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 444.