



## LA MUERTE PRESUNTA

POR

CARLOS VERGARA BRAVO

(Profesor de Estado en la Asignatura de Historia)

*(Continuacion)*

---

87. Son todavía mas frecuentes los casos en que se exige la autorizacion judicial. Citaremos algunos. Se requiere dicha autorizacion:

Cuando se trate de enajenar o hipotecar los bienes raices del hijo de familia (art. 255), del pupilo (arts. 393 i 432), o de la mujer casada (arts. 450 i 1754);

Cuando se trate de emancipar voluntariamente al hijo (art. 265);

Cuando el hijo de familia tenga que litigar como actor contra su padre o contra un tercero (arts. 257 i 258) o deba parecer en juicio como demandado (art. 159);

Cuando se trate de autorizar, en subsidio de otros

tutores o curadores jenerales, el pago de las anticipaciones hechas a beneficio del pupilo, i de dar la posesion de alguna especie, raiz o mueble, al tutor o curador a quien el pupilo la debiere (art. 410);

Cuando el curador necesite proveer por sí mismo a la subsistencia del disipador (art. 453);

Cuando se trate de emplear los capitales pertenecientes al demente en aliviar su condicion o procurar su restablecimiento (art. 467), i de emplear los del sordomudo en mejorar su situacion o proporcionarle educacion conveniente (art. 471);

Cuando los curadores de bienes, por razon de necesidad o utilidad, deban ejecutar los actos que la lei les prohiba (art. 489);

Cuando por causa urgente i grave debe obligarse el pupilo como fiador de su cónyuje, ascendiente o descendiente (art. 404);

Cuando las personas que no tienen la libre administracion de sus bienes tratan de repudiar una asignacion a título universal, o de bienes raices, o de muebles que valgan mas de mil pesos (art. 1236);

Cuando el menor hábil para contraer matrimonio quiere estipular en las capitulaciones matrimoniales la renuncia de los gananciales, o la enajenacion de bienes raices, o la constitucion sobre estos de hipoteca, censo o servidumbres (art. 1721);

Cuando la mujer administradora estraordinaria de la sociedad conyugal desee dar en arriendo los predios rústicos del marido por mas de ocho años i los urbanos por mas de cinco (art. 1,761);

Cuando la mujer casada necesite suplir la autorizacion que su marido estuviese obligado a prestarle para

ejecutar ciertos actos i celebrar determinados contratos (arts. 137, 143 i 1273);

Cuando el marido deba repudiar una asignacion deferida a su mujer i ésta no fuere capaz de prestar su consentimiento (art. 1236, inc. 2.º);

I cuando él mismo quiera arrendar los predios rústicos i los urbanos de su mujer por mas de ocho o de cinco años respectivamente, si ella se hallare imposibilitada de prestar su intervencion (art. 1757).

88. Se ha discutido si los poseedores provisionales pueden gravar los muebles, sin intervencion de la justicia.

En realidad, el Código no les reconoce espresamente esta facultad, pero tampoco se la niega. El inciso sólo habla de la venta de los muebles.

Háse querido explicar este silencio, suponiendo un olvido de parte del legislador. Pero esto es absurdo, pues en el inciso siguiente se reglamenta la venta i el gravámen de los bienes raices.

Con mas razon se podrá decir que ese silencio envuelve el reconocimiento de la atribucion. I esto seria lógico. Dentro del desaparecimiento, la administracion de los poseedores provisionales, es más amplia que la de los representantes legales. Por eso, en el artículo 393, se prohíbe espresamente a los guardadores empeñar, sin previa autorizacion judicial, los muebles preciosos del pupilo i los que tengan valor de afeccion; i si en el artículo 88 no se concede al juez la facultad de autorizar ese gravámen, es porque no se desconoce a los poseedores el derecho de imponerlo.

Sin embargo, debemos recordar que segun el artículo 2387, no se puede empeñar una cosa, sino por persona que tenga facultad de enajenarla. Pero tambien hemos

visto, que los preceptos jenerales no tienen aplicacion en el desaparecimiento, que constituye un sistema especial i una constante escepcion de esos principios jenerales.

89. Como es natural, para proceder a la venta o hipoteca de los bienes inmuebles, la lei establece mas severas condiciones. Quiere que se acredite la necesidad que existe o la evidente utilidad que obtiene el desaparecido de la ejecucion de tales contratos, i que el juez, con conocimiento de causa i con audiencia del defensor, así lo declare.

Segun esto, los poseedores provisorios deben probar, en la forma ordinaria, la existencia de esas circunstancias o requisitos. Tales serian, por ejemplo, la obligacion de cancelar deudas del desaparecido, o el ser demasiado onerosa para éste la administracion de los bienes, o cualquiera otra consideracion del mismo tenor.

90. ¿En qué consiste el conocimiento de causa de que habla este artículo? Evidentemente, en la comprobacion de la necesidad o utilidad manifiesta que hai para el desaparecido en la ejecucion de la venta.

Dicho conocimiento se exige siempre que se van a ejecutar actos o celebrar contratos que puedan ser perjudiciales a las personas que no administran por sí mismas sus bienes. Es una medida de prevision que tiende a resguardar los intereses de los incapaces.

De ahí que sea necesario para que el juez pueda suplir la autorizacion que está obligado a prestar el marido a la mujer casada, cuando de negarla se sigue perjuicio a ésta, i para enajenar o hipotecar los bienes raices de la misma, (arts. 143 i 1754); que sea tambien necesario para enajenar o hipotecar los bienes raices del hijo, o efectuar su emancipacion voluntaria (arts. 255 i

265); para que el menor habilitado de edad pueda aprobar las cuentas de su tutor o curador i enajenar o hipotecar sus bienes raices (art. 303); para que el menor pueda aceptar o repudiar la lejitimacion; para que se pueda decretar la suspension de la patria potestad; repudiar la herencia deferida al pupilo, subrogar los bienes de la mujer casada, etc., etc.

Tratándose, pues, de personas a quienes afecta cierto grado de incapacidad, como los hijos de familia, los menores que están bajo guarda, los dementes, los disipadores, los sordomudos, los desaparecidos, las mujeres casadas, no se pueden ejecutar los actos o contratos que les puedan perjudicar, sino autorizándolos el juez con conocimiento de causa. I si se trata de bienes raíces, cuya enajenacion o gravámen sólo puede autorizarse por razon de necesidad o de utilidad manifiesta, es tambien preciso que exista el conocimiento de causa. Luego éste consiste, como hemos dicho anteriormente, en la comprobacion de la necesidad o utilidad manifiesta que haya para el incapaz.

Sobre este particular encontramos en las Esplicaciones del Código Civil, publicadas por la Academia de Leyes i Ciencias Políticas, las siguientes justísimas observaciones:

«El Código usa frecuentemente de la frase «conocimiento de causa», sin definirla nunca. El conocimiento de causa supone que se ha establecido por medio de informacion sumaria, i con pruebas testimoniales o documentales, privadas o públicas, los motivos en que se apoya la demanda, i que justifican la decision judicial solicitada. Es de elemental necesidad proponer la cuestion en su aspecto verdadero i completo para que decida el juez con acierto. El conociemieto de causa se

funda en el principio romano que decia que aquellas cosas que necesitan conocimiento, no pueden despacharse por un *simple libelo*» (a).

91. Es conveniente observar que el Código emplea en este artículo una espresion jenérica. Dice que no podrán *enajenarse* los bienes raices del desaparecido. Esta palabra espresa el acto por el cual se transfiere la propiedad de alguna cosa a título lucrativo, como la donacion, o a título oneroso, como la venta; pero, segun Escriche, «puede ser tomada en una significacion mas estensa, i entónces comprende tambien la enfiteusis, la prenda, la hipoteca i aun la constitucion de servidumbre sobre un fundo».

Ahora bien, siendo inhábiles los poseedores provisionales para enajenar los bienes raices, se infiere lójicamente que no podrán ejecutar ningun acto que importe transferencia de dominio, como son los que quedan indicados.

En cuanto a la inhabilidad que les afecta para transijir las cuestiones que sobre los bienes se promuevan, debemos ademas recordar el precepto del artículo 2447, segun el cual «no puede transijir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transaccion».

92. «La principal de las precauciones, dice el señor Borja, para que la venta se efectúe en su justo precio es la subasta, que despierta el interes individual, establece la competencia i evita la colucion entre compradores i vendedores» (a).

Constituye, pues, este requisito una garantía para el

---

(a) Pág. 211.

(a) T. II.—Núm. 220.

desaparecido; garantía que se extiende tanto a los bienes raíces como a los muebles, ya que la lei no distingue entre ellos, sino que, al contrario, los indica en conjunto al decir «cualquiera parte de los bienes».

Es tambien una garantía para los poseedores. Debiendo tasarse los bienes ántes de subastarlos, es indudable que el producto de la venta será su lejítimo valor, i por consiguiente, no pasará mas allá la responsabilidades de los poseedores, en caso de reaparecimiento del desaparecido.

93. De la venta en pública subasta, trata el título XII, del Libro IV del Código de Procedimiento Civil. El señor Lira en su Prontuario de los Juicios, la explica en estos términos: «La venta se hace ante el juez i el secretario. Los licitadores presentan boleta de fianza, sin la cual no se les admiten sus posturas u ofertas.

Estas ofertas hechas verbal i sucesivamente se van apuntando i repitiendo por el secretario, hasta que, no habiendo quien ofrezca mas i repetida por tres veces la última, se declare hecho el remate a favor del que la hizo, i se extiende acta de la diligencia que firman el juez, el secretario i el subastador. Si los bienes rematados son raíces, el acta se extiende en un registro especial que al efecto llevan los secretarios; si muebles, en el mismo proceso».

«El primer postor queda libre de su postura luego que se admita la del segundo, el segundo lo queda de la de la suya, luego que se admita la del tercero, i así sucesivamente» (b).

Segun dice Escriche en su Diccionario, esta palabra viene de la latina *subhasta*, compuesta de *sub* i *hasta*,

---

(b) T. II.—Páj. 213.—Núm. 851.

bajo la lanza, porque entre los romanos se ponía por señal una lanza o pica en el lugar donde había de hacerse alguna venta pública.

94. En varias ocasiones prescribe el Código que la venta se haga en pública subasta. Tal vez sea útil recopilarlas. Vamos, pues, a citar algunas.

Dice el artículo 303 que la enajenacion de los bienes raíces del menor habilitado de edad, se hará en pública subasta;

Dice el artículo 394, que se hará en la misma forma la venta de cualquiera parte de los bienes raíces i de los muebles preciosos o que tengan valor de afeccion, pertenecientes a un menor sujeto, a tutela o curaduría;

Dice el artículo 630, que se venderá en pública subasta, la especie mueble cuyo dueño no apareciere en el plazo legal;

Dice el artículo 1294, que los albaceas, si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas o de los legados, procederán a la venta en pública subasta de los muebles, i subsidiariamente de los inmuebles;

I dice el artículo 2397, que el acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producido se le pague.

95. Es indudable que si los poseedores provisorios enajenan los bienes sin autorizacion judicial o sin pública subasta, el contrato adolecerá de nulidad relativa, pues el vicio consistiria en la omision de formalidades prescritas por la lei, para el valor del contrato, en consideracion al estado de las personas que los ejecutan i no a la naturaleza de ellos. Se produce la nulidad por la incapacidad que afecta a los poseedores provisorios, para ejecutar la venta por sí solos.



96. Cabe ahora dar a conocer el carácter jurídico de esta clase de poseedores. Para algunos son propietarios condicionales de los bienes que reciben i para otros son puramente usufructuarios (a).

La cuestion es importante. Si son dueños de los bienes, podrán ejercer todos los derechos de tales, sin otras restricciones que las determinadas en la lei; i si administradores, no podrán ejecutar ningun acto inherente al dominio, sino los que de un modo espreso les sean permitidos.

En los antecedentes del Código, se encuentra únicamente el artículo 93 del Proyecto de 1853 que decia: «La posesion provisoria confiere los derechos e impone las obligaciones de la curaduría de bienes, sin perjuicio de las modificaciones que en este título se espresan». Este artículo fué suprimido por la Comision Revisora, que no se cuidó de indicar la calidad en que iban a proceder los poseedores.

Pero hai un punto fuera de toda duda; i es que sus facultades i sus obligaciones no pueden encuadrarse esclusivamente en ninguno de los citados derechos reales.

La posesion provisional es una creacion arbitraria i completamente ilógica, dentro del sistema jeneral del Código Civil. El señor Bello, al organizarla, procedió

---

(a) «Los poseedores provisorios son usufructuarios de los bienes del desaparecido i están sujetos a las mismas obligaciones i limitaciones de éstos, en la administracion de los bienes». Claro Solar.—T. I.—N.º 461.

«De las disposiciones de la lei se deduce que los poseedores provisionales son herederos del desaparecido; esto es, dueños de los bienes, en virtud del título de herencia, enumerado por el artículo 582, entre los modos de adquirir el dominio; i es indudable que la herencia puede adquirirse bajo condicion suspensiva o resolutoria». Borja.—T. II. N.º 206.

con ese criterio profundamente ecléctico que le han reconocido los espositores de nuestro derecho, i sólo buscando fácil solución a las diversas cuestiones a que daba origen el desaparecimiento.

Por eso preséntanse los poseedores provisionales como dueños de los bienes. Para designarlos, la lei se ha inspirado en la voluntad expresa o presunta del desaparecido i ha llamado a desempeñar este cargo, a los que eran sus herederos testamentarios o lejítimos a la fecha en que se declaró la muerte presunta. Pero al propio tiempo son tan escasas las atribuciones que les ha concedido, que en realidad apenas constituyen una expectativa del dominio i en ninguna manera el goce actual de éste derecho.

Tienen asimismo numerosas semejanzas con los usufructuarios. Unos i otros deben formar inventario i rendir caucion de conservacion i restitution de los bienes i adquieren el dominio de los frutos naturales i civiles. Pero tambien difieren entre sí notablemente. El usufructo termina con la muerte del que lo goza i la posesion provisional es trasmisible a los herederos; el usufructo se refiere a un bien determinado i la posesion provisional se estiende a toda la herencia.

En resolución, nos parece que es tan impropio llamar a los poseedores provisionales dueños, como llamarlos usufructuarios. La lei los denomina herederos presuntivos. En ninguna parte dice que sean dueños; ni dice que sean usufructuarios. Acaso seria mas exacto decir que están revestidos en el doble caracter de administradores i de dueños.

Bajo el primer concepto, tienen el poder de pagar las deudas i cobrar los créditos del desaparecido; de intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescrip-

ciones; de contratar las reparaciones de las cosas que administran, cultivarlas i arrendarlas. (art. 2132). En jeneral, les pertenecen naturalmente todos los actos administratorios, pues la lei los hace responsables de la conservacion de los bienes que están obligados a restituir en el evento de que reaparezca el desaparecido o se tengan noticias que motivaren su distribucion segun las reglas jenerales.

En el segundo concepto, se les reconoce la facultad de enajenar i gravar los bienes, pero con las limitaciones i las condiciones que indica el presente artículo.

97. Se ha preguntado si podrán los poseedores provisionarios arrendar libremente los inmuebles.

Opinamos nosotros que el arrendamiento es un acto de administracion i que, por lo tanto, lo pueden ejecutar los administradores siempre que la lei no se los prohiba. Así, el padre de familia, el marido i los curadores no podrá arrendar por mas de ocho años los predios rústicos ni por mas de cinco los urbanos, porque la lei se los ha prohibido en resguardo de los intereses del hijo de familia, de la mujer casada i del menor sujeto a tutela o curaduría.

Pero no existe tal prohibicion respecto de los poseedores provisionales. Ni seria justo imponérsela. Ellos administran con el interes i en el carácter de herederos i, por consiguiente, no hai para qué precaverse contra fraudes que no está en su conveniencia ejecutar.

Tampoco parece aceptable que se hallen en mas desfavorable situacion que los usufructuarios. Si éstos pueden, segun el artículo 793, dar en arriendo el usufructo i cederlo a quien quiera, a título de oneroso o gratuito, ¿por qué no habrian de poder hacer lo mismo los poseedores provisionales?

Sin duda que si llega a extinguirse el derecho del arrendador por una causa independiente de su voluntad, como pasaria al usufructuario si llegase el dia en que debe cesar el usufructo, espirará el arrendamiento, aun ántes de cumplirse el tiempo que para su duracion se hubiese estipulado. Este es el órden lójico de las cosas i así lo dispone espresamente el artículo 1958 del Código.

Pero la facultad de celebrar contratos de arriendo a largo plazo no padece por esa circunstancia. Esta será una condicion resolutoria tácitamente incorporada al contrato mismo, pero de ninguna manera un vicio que afecte a su eficacia i validez. (a)

---

### Art. 89

**Cada uno de los poseedores provisorios, prestará caucion de conservacion i restitution, i hará suyos los respectivos frutos e intereses.**

### REFERENCIAS

Caucion.—46—2335—2337—2350—2384—2407.

Frutos e intereses.—644—647.

---

(a) «Prescindiéndose de las restricciones legales, los poseedores provisionales, como dueños de los bienes, pueden todo cuanto del dominio se desprenda: arrendar los inmuebles aun por largo tiempo, proceder a la particion de la herencia, bajo la misma condicion resolutoria de que el dominio depende, etc., etc.». Borja T. II N.º 209.

## CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 86. Cada uno de los poseedores provisionales prestará caucion de conservacion i restitution, i hará suyos los respectivos frutos e intereses.

C. Col.—Art. 104. Cada uno de los poseedores provisorios prestará caucion de conservacion i restitution. i hará suyos los respectivos frutos e intereses.

C. Arj.—Art. 118.—V. C. del art. 81, N.º 6.

Art. 124. Si el ausente aparece después de dada la posesion definitiva de sus bienes, le serán entregados en el estado en que se encuentren, o los que con el valor de ellos se hubiesen comprado, pero no podrá exigir el valor de los consumidos, ni las rentas o intereses percibidos por los que hubiesen tenido la posesion definitiva.

C. Ur.—Art. 61.—V. C. del Art. 84.

Art. 66. Si el ausente volviere, o nombrare apoderado, los poseedores interinos no tendrán que devolverle sino el quinto de los frutos o rentas, quedando a su beneficio los cuatro quintos.

C. Bra.—Art. 473.—Los herederos llamados a la posesion de los bienes del ausente prestarán caucion de restitution, mediante prendas o hipotecas, equivalentes a sus respectivas cuotas.

Párrafo único. El que tenga derecho a la posesion provisoria, pero no pueda prestar la caucion exigida en este artículo, será escludido, manteniéndose los bienes

---

«Los poseedores provisorios pueden arrendar por mas de ocho o cinco años los predios rústicos o urbanos del desaparecido; pero el arrendamiento terminará si ellos pierden dicha posesion». Claro, T. I. N.º 464.

que le debian corresponder, bajo la administracion del curador, o de otro heredero, designado por el juez, i que preste dicha garantía. (Art. 478).

Art. 477. El descendiente, ascendiente, o cónyuje, que fuere sucesor provisional del ausente, hará suyos todos los frutos i rendimiento de los bienes que a éste correspondieren. Los demas sucesores, por el contrario, deberán capitalizar la mitad de los frutos o rendimientos, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 472, de acuerdo con el representante del Ministerio Público, i cada año deberán rendir cuenta al juez competente.

Art. 478. El escluido de la posesion provisional, segun el artículo 473, párrafo único, podrá, justificando falta de medios, requerir la entrega de la mitad de los rendimientos de la cuota que le correspondia.

C. Ven.—Art. 38. V. C. del art. 84.

Art. 39. El cónyuje del ausente, ademas de lo que le corresponde por convenios de matrimonio i por sucesion, puede, en caso necesario, obtener una pension alimenticia.

Art. 40. V. C. del art. 88.

C. Fran.— Art. 120. V. C. del art. 81, 6.º

Art. 127. Los que hubieren obtenido la posesion provisional o la administracion legal de los bienes del ausente, no estarán obligados a restituirle sino el quinto de los frutos, si reaparece ántes de los quince años transcurridos desde el dia de su desaparicion, i el décimo, sino reaparece sino despues de los quince años.

Trascurridos treinta años de ausencia, les pertenecerá la totalidad de los frutos.

C. Esp.—Art. 198.—Los que hayan entrado en la

herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fé, mientras no comparezca el ausente, o sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes o causahabientes.

Art. 194. Si el ausente se presenta, o, sin presentarse, se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, i el precio de los enajenados o los adquiridos con él, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

C. Sui.—Atr. 546. Cuando se declare ausente a una persona, los herederos u otros beneficiarios prestarán, ántes de posesionarse de los bienes, garantías que aseguren su restitution eventual, ya a terceros que tengan derechos preferentes, ya al mismo ausente.

Estas garantías se prestarán: en caso de desaparicion del ausente en circunstancias de peligro de muerte, por cinco años; en el de desaparicion sin noticias, por quince, y a lo sumo, hasta la época de que el ausente hubiera cumplido los ciento.

Los cinco años empiezan a correr desde la entrada en posesion de los bienes, i los quince años desde que se tuvieron las últimas noticias.

C. It.—Art. 26, inc. 4.º Ni los herederos ni las demás personas indicadas podrán entrar en posesion de los bienes ni ser admitidas al ejercicio de sus derechos eventuales, sino mediante fianza por la cantidad que el Tribunal determine.

Art. 27. Cuando uno de los herederos presuntos o de los que pretendan tener derecho sobre los bienes del ausente, no pueda dar fianza, podrá el Tribunal adoptar las demás medidas que juzgue oportunas en intereses del ausente, i con relacion a la cualidad de las per-

sonas, a su grado de parentesco con aquél i a las demas circunstancias.

Art. 30. Los ascendientes, descendientes i el cónyuge, puestos en posesion temporal de los bienes, percibirán en beneficio propio la totalidad de las rentas.

Art. 31. Si las personas puestas en posesion fuesen parientes dentro del sexto grado, deberán reservar el quinto de las rentas en los diez primeros años. contados desde el dia de la ausencia, i la décima parte desde este momento hasta que se cumplan los treinta años.

Si fueren parientes en grado mas remoto, o estraños, deberán reservar la tercera parte de las rentas en los diez primeros años i la sesta en los siguientes, hasta cumplidos los treinta.

Trascurrido este plazo pertenecerá a los poseedores la totalidad de las rentas.

C. Per.—Art. 70. El poseedor provisional hace suya la mitad de los frutos naturales, industriales i civiles, reservando la otra mitad para el dueño de los bienes.

## COMENTARIOS

SUMARIO.—98. Resúmen del artículo.—99. Objeto de la caucion.—100. Esta puede consistir en fianza, prenda o hipoteca.—101. Procedimiento que debe seguirse en el caso de que los poseedores no rindan caucion.—102. Opiniones de algunos comentadores del Código Frances sobre esta cuestion.—103. Prescripciones de algunos códigos estranjeros sobre lo mismo.—104. Disposiciones concernientes al usufructuario que no puede rendir caucion.—105. Liberalidad del sistema del Código respecto de los frutos.—106. Diversos procedimientos adoptados sobre esta materia en las lejislaciones estranjeras.

98. Dos reglas establece este artículo:

1.<sup>a</sup> Los poseedores provisorios deben prestar caucion de conservacion i restitution.



2.<sup>a</sup> Hacen suyos los respectivos frutos e intereses.

99. La caucion es una consecuencia del carácter precario de la administracion de los poseedores provisionales. No son dueños de los bienes. Los poseen a nombre del desaparecido i están obligados a devolverlos si éste reaparece o se presenta quien tenga derecho a reclamarlos.

La posesion provisional sólo da la propiedad de los frutos; es la posesion definitiva la que concede el derecho de disponer libremente del patrimonio del desaparecido.

Por consiguiente, es lójico que miéntras esta última situacion no se produzca, garanticen dichos poseedores la conservacion i restitution de los intereses ajenos que administran.

Sobre este particular formula el señor Borja una indicacion que se puede hacer estensiva a varias otras situaciones del desaparecimiento. «No espresa la lei, dice, quién debe jestionar para que la caucion asegure plenamente los derechos eventuales del desaparecido. El defensor de ausentes no interviene en el juicio sino hasta que se declare la presuncion de muerte, i aun cuando interviniese despues, no bastaria ello para precautelar todos los intereses del desaparecido. El Código de enjuiciamiento podria reparar estas omisiones, ordenando que se oiga el ministerio público i que sea parte un defensor de los derechos eventuales del desaparecido» (a).

100. El Código exige simplemente caucion, sin determinar en qué consiste. Por lo tanto, los poseedores pro-

---

(a) T. II. — Núm, 224.

visionales pueden otorgar la que mas les convengan, ya sea fianza, hipoteca o prenda, siempre que garanticen debidamente los derechos eventuales del desaparecido. No les será necesario garantizar los frutos, puestos que éstos corresponden al mismo poseedor.

La prenda será una caucion pocas veces suficiente por valiosos que fueren los muebles en que ella consistiere. En cambio la hipoteca i la fianza prestan la más amplia seguridad.

Esta última deberá reunir los requisitos enumerados en el artículo 2350, i aquélla los que indican los artículos 2409 i 2410. (b)

101. No indica el artículo el procedimiento que se debe seguir si los poseedores provisionales no pueden otorgar la caucion que se les exige. Sin embargo, parece indiscutible que en tal caso no tomarán la posesion de los bienes ni harán suyos los frutos.

---

(b) Art. 2350. El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal; que tenga bienes mas que suficientes para hacerla efectiva, i que esté domiciliado o elija domicilio dentro de la jurisdiccion de la respectiva Corte de Apelaciones.

Para calificar la suficiencia de los bienes, sólo se tomarán en cuenta los inmuebles, excepto en materia comercial, o cuando la deuda afianzada es módica.

Pero no se tomarán en cuenta los inmuebles embargados o litijiosos, o que no existan en el territorio del Estado, o que se hallen sujetos a hipotecas gravosas o a condiciones resolutorias.

Si el deudor estuviere recargado de deudas que pongan en peligro aun los inmuebles no hipotecados a ellas, tampoco se contará con éstos.

Art. 2409. La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública.

Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca, i la del contrato a que accede.

Art. 2410. La hipoteca deberá ademas ser inscrita en el Registro Conservatorio; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripcion.

La caucion es una condicion establecida en obsequio esclusivo del desaparecido. Sus intereses no quedarian resguardados sin el prévio cumplimiento de ese requisito. La lei exige siempre esta garantía a los administradores de bienes ajenos, i no habria motivo para exonerar de ella a los poseedores provisionales.

Pero ¿a quién se confiará la administracion de los bienes en caso de producirse dicha situacion?

Nos parece que si existe entre los herederos alguno que pueda rendir la caucion legal, podrá tomar éste desde luego la posesion, i en seguida, a medida que los otros otorguen su respectiva garantía, deberán ir entrando tambien a ejercerla.

Ahora; si ninguno rinde caucion, entónces parece natural que quedan suspendidos los efectos del decreto que mandó dar la posesion provisional; que continúe el período de la mera ausencia, conservándose los bienes a cargo de los mandatarios o de los representantes legales del desaparecido.

No creemos que sean aplicables por analogía las disposiciones concernientes al usufructuario. Las situaciones son esencialmente diferentes. La posesion provisional descanza en la calidad jurídica de herederos que invisten los llamados a ejercerla, circunstancia que ninguna consideracion tiene en el usufructo.

102. La legislacion francesa adolece de un defecto análogo, pues tampoco contempla el caso de que tratamos. He aquí lo que a este respecto dicen dos de los más distinguidos espositores del Código de Napoleon.

¿Cómo se procederá si los poseedores provisionales de los bienes del ausente no hayan fianzas? Delvincourt propone que se aplique por analogía lo que el Código Civil prescribe en cuanto al usufructo . . . . .; y si bien

su opinion es jeneralmente aceptada, nos parece inadmisibile. ¿Cual es el objeto de la posesion provisional? Que la administracion de los bienes del ausente se confíe a los que tienen mas interés en proceder con diligencia, por cuanto en cierta manera ellos administran su patrimonio; i si se aplica el artículo 602, se quita la administración a los herederos; lo cual pugna con el espíritu de la lei.» (a)

«Cuando las partes no pueden dar fianza, la sentencia no surte efecto, i las cosas quedan, en cuanto a la administracion de los bienes, tales como estaban antes de declararse la ausencia.

«La Corte de Metz, en sus observaciones al artículo 120, habia previsto ese caso, i pedido que la lei determinase a quién se confiaria entónces la administracion de los bienes; pero el lejislador guardó silencio. De ahí debe deducirse que la presuncion de ausencia continúa. La sentencia que declara la ausencia i confiere la posesion, queda como si no se hubiese pronunciado. El administrador continúa manejando los bienes, sin que sea necesario concederle nuevos poderes. La condicion de que dependia la posesion no se ha cumplido, i la sentencia no surte efecto en cuanto al administrador . . . . .» (a)

103. Más clara es en esta parte la redaccion de algunos códigos sudamericanos.

El de la República Argentina dispone que si los poseedores provisionales no pudiesen dar fianza que aseguren su buena administracion, el juez podrá exigir la garantía que juzgue conveniente o poner los bienes

(a) Laurent. T. II. Pág. 171.

(a) Plasman. T. I. Pág. 194.

bajo la administracion bajo la direccion de un tercero (art. 118).

El Código del Brasil prescribe que los herederos llamados a la posesion de los bienes del ausente, que no pueden prestar garantía de restitucion, serán escludidos, i los bienes quedarán bajo la administracion de un curador, o de otro heredero designado por el juez, que preste dichas garantías (art. 473).

El Código de Venezuela dice que cuando no pueda darse la caucion, el tribunal podrá tomar cualesquiera otras precauciones que juzgue conveniente en interes del ausente, teniendo en consideracion la calidad de las personas, su grado de parentesco con el ausente i otras circunstancias (art. 38).

104. Tratándose del usufructo, nuestro Código ha sido mas previsor. Segun los artículos 775 i 776, «el usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caucion suficiente de conservacion i restitución, i sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes»; i «mientras el usufructuario no rinda la caucion a que es obligado, i se termine el inventario, tendrá el propietario la administracion con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario». I el artículo 777, reglamentando mas detalladamente la situacion, dice: «Si el usufructuario, no rinde la caucion a que es obligado dentro de un plazo equitativo, señalado por el juez a instancia del propietario, se adjudicará la administracion a éste con cargo de pagar al usufructuario el valor líquido de los frutos, deducida la suma que el juez prefijare por el trabajo i cuidado de la administracion.

«Podrá en el mismo caso tomar en arriendo la cosa

fructuaria, o tomar prestados a interes los dineros fructuarios, de acuerdo con el usufructuario.

«Podrá tambien, de acuerdo con el usufructuario, arrendar la cosa fructuaria, i dar los dineros a interes.

«Podrá tambien, de acuerdo con el usufructuario, comprar o vender las cosas funjibles, i tomar o dar prestados a interes los dineros que de ello provengan.

«Los muebles comprendidos en el usufructo, que fueren necesarios para el uso personal del usufructuario i de su familia, le serán entregados bajo juramento de restituir las especies o sus respectivos valores, tomándose en cuenta el deterioro proveniente del tiempo i del uso lejítimo.

«El usufructuario podrá en todo tiempo reclamar la administracion, prestando la caucion a que es obligado.»

105. La segunda regla no presenta dificultades. Los poseedores provisorios harán suyos los frutos e intereses (a)

Estos son todos los que produzcan los bienes desde la posesion provisional. Los producidos durante la mera ausencia se acumulan al patrimonio del desaparecido i de ellos deben responder los poseedores.

Se les concede la totalidad de los frutos, porque no administran como curadores ni como mandatarios. Su título es el de herederos presuntivos. Tienen la expectativa de la herencia i son llamados en virtud de esa consideracion. Natural es, pues, que poseyendo de buena fe, posean para sí i hagan suyos los frutos correspondien-

---

(a) «Las palabras «e intereses», que ha empleado el artículo, pudieron omitirse, porque el significado de la última está comprendido en el de la palabra frutos, que comprende en su jeneralidad los frutos naturales i los civiles.» A. de L. i C. P.—Páj. 212.

tes al tiempo que permanezcan los bienes en su poder. «Si fuere de otro modo, dice don Jacinto Chacon, como que el día de la vuelta del desaparecido es indeterminado, los poseedores se verían en la necesidad de llevar i rendir cuenta justificada de los frutos por un tiempo indefinido, gravando sobremanera su responsabilidad i no es justo hacer recaer sobre ellos las consecuencias de la culpa del desaparecido que ha hecho abandono de sus bienes» (a).

I el señor Borja agrega: «Así cumplida la condicion resolutoria de que el ausente reaparezca o de que los bienes se devuelvan a los herederos que lo sean a la fecha de la verdadera muerte, los frutos pertenecerán a los poseedores provisionales. En ese caso pudiera considerarse como una remuneracion del trabajo empleado en administrar los bienes del desaparecido; la cual cede en beneficio del mismo, pues seria difícil que nadie administrara los bienes con esmero durante largos años a contraer la obligacion de rendir cuenta de los frutos i restituir al desaparecido injentes sumas de dinero» (b).

106. Nuestro Código concede a los poseedores provisionales la propiedad de los frutos que produzcan los bienes sin limitacion de ninguna naturaleza, ni consideracion a la época en que deben restituirlos al desaparecido o quienes tengan derecho a reclamarlos. No son tan amplias i liberales las disposiciones de la jeneralidad de los códigos estranjeros. Vamos a transcribir compendiosamente algunas de ellas, pues en las Concordancias se puede consultar su texto completo.

---

(a)—T. I—Páj. 82.

(b)—T. II. N.º 226.

El Código de Napoleon concede los cuatro quintos de los frutos durante los primeros quince años de ausencia, las nueve décimas partes durante los otros quince años siguientes, i la totalidad de ellos despues de transcurrir treinta años (art. 127).

El Código italiano gradúa la concesion segun el grado de parentesco que ligue al ausente i a los poseedores provisionales. Así, si éstos son ascendientes, descendientes o cónyuje, les da la totalidad de los frutos (art. 30); si son colaterales dentro del sexto grado, les concede los cuatro quintos en los primeros diez años de ausencia, i en lo sucesivo hasta los treinta años, las nueve décimas partes; si son parientes de grado mas remoto o estraños, les da los dos tercios en los primeros diez años i las cinco sextas partes en adelante; i sólo cuando han transcurrido treinta años viene a dárselos totalmente (art. 31).

El Código Español dispone que los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe mientras no comparezca el ausente, o sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes o causahabientes (art. 198).

El Código Arjentino dice que los derechos i obligaciones del que hubiere obtenido la posesion provisoria, serán los mismos que los del curador del incapaz de administrar sus bienes, i sólo despues de decretada la posesion definitiva da la propiedad de las rentas o intereses percibidos (arts. 119 i 124).

El Código Uruguayo prescribe que si el ausente volviere, o nombrare apoderado, los poseedores interinos no tendrán que devolverle sino el quinto de los frutos o rentas, quedando a su beneficio los cuatro quintos (art. 66).



El Código Brasileiro establece que el descendiente, ascendiente o cónyuge, que fuere sucesor provisional del ausente, hará suyos todos los frutos i rendimientos de los bienes que a éste correspondieren, i que los demas sucesores deberán capitalizar la mitad de los frutos i rendimientos (art. 477).

El Código Venezolano da a los que obtienen la posesion provisional la mitad de los frutos en los diez primeros años de la posesion, i las tres cuartas partes de ellos en adelante (art. 40).

---

### Art. 90

Si durante la posesion provisoria no reapareciere el desaparecido, o no se tuvieren noticias que motivaren la distribucion de sus bienes segun las reglas jenerales, se decretará la posesion definitiva i se cancelarán las cauciones.

En virtud de la posesion definitiva cesan las restricciones impuestas por el art. 88.

Si no hubiere precedido posesion provisoria, por el decreto de posesion definitiva se abrirá la sucesion del desaparecido segun las reglas jenerales.

### REFERENCIAS

Posesion provisoria.—84.

Bienes.—565.

Reglas jenerales.—951-952-980-983.

Cancelarán las cauciones.—46-89.

Abrirá la sucesion.—955-688.

## CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 87. Si durante la posesion provisional no volviere el ausente, o no se tuvieren noticias que motivaren la distribucion de sus bienes, segun las reglas jenerales, se decretará la posesion definitiva, i se cancelarán las cauciones.

En virtud de la posesion definitiva cesan las restricciones impuestas por el artículo 85.

Si no hubiere precedido posesion provisional, por el decreto de posesion definitiva se abrirá la sucesion del ausente, segun las reglas jenerales.

C. Col.—Art. 105, Si pasados cuatro años despues de decretada la posesion provisoria, no se hubiere presentado el desaparecido, o no se tuvieren noticias que motivaren la distribucion de sus bienes segun las reglas jenerales, se decretará la posesion definitiva, i se cancelarán las cauciones.

En virtud de la posesion definitiva, cesan las restricciones impuestas por el artículo 103.

Si no hubiere precedido posesion provisoria, por el decreto de posesion definitiva se abrirá la sucesion del desaparecido segun las reglas jenerales.

C. Arj.—Art. 120. Si dada la posesion provisoria, se presentase el ausente o hubiere noticia cierta de él, quedará sin efecto alguno.

C. Ur.—Art. 68. V. C. del art. 82.

Art 69. Desde el dia del fallecimiento probado del ausente, quedará espedita la herencia a los herederos testamentarios, o a falta de testamento, a los que, en la época de la muerte, fuesen herederos *abintestato*.

Si otros hubieren obtenido la posesion, sea proviso-

ria, sea definitiva, de los bienes del ausente, tendrán que restituirlos, salvo los frutos, conforme al artículo 66.

Art. 70. Si el ausente vuelve, o se acredita su existencia, durante la posesion provisoria, cesarán los efectos de la declaracion de ausencia, sin perjuicio, si el caso lo exijere, de las medidas conservatorias prescritas en el capítulo 1.º del presente título, para la administracion de sus bienes.

C. Bra.—Art. 479. Si durante la posesion provisional se prueba la época exacta del fallecimiento del ausente, se considerará en esa fecha abierta la sucesion a favor de los que en ese tiempo eran herederos.

C. Ven.—Art. 43. Si durante la posesion provisional, vuelve el ausente o se prueba su existencia, cesan los efectos de la declaracion de ausencia, salvo, si hai lugar, las garantías de conservacion i administracion del patrimonio establecidas por el artículo 30. Los poseedores provisionales de los bienes deben restituirlos con las rentas en la proporcion fijada en el artículo 40.

Art. 44. Si durante la posesion provisional, se descubre de una manera cierta la época de la muerte del ausente, se abre la sucesion en favor de los que en esa época serian sus herederos, lejítimos o testamentarios, o de sus sucesores; y los que han gozado de los bienes están obligados a restituirlos con las rentas en la proporcion fijada en el artículo 40.

Art. 46. V. C. del art. 82.

Art. 47. Decretada la posesion definitiva, cesan toda vijilancia de administracion i toda dependencia de la autoridad judicial, i podrá procederse a la particion definitiva i a disponer libremente de los bienes.

C. Fran.—Art. 129. V. C. del art. 82.

Art. 130. Probado el dia de la muerte del ausente,

se abrirá la sucesion en beneficio de los herederos mas próximos en esa época, i los que hubieren gozado de los bienes del ausente, estarán obligados a restituír-selos, reservándose los frutos adquiridos por ellos en virtud del artículo 127.

Art. 131. Si el ausente reaparece, o si se prueba su existencia durante la posesion provisional, cesarán los efectos de declaracion de ausencia, sin perjuicio en su caso, de las providencias conservativas prescritas en el capítulo primero del presente título para la administracion de sus bienes.

C. Esp.—Art. 193. Declarada firme la sentencia de presuncion de muerte, se abrirá la sucesion en los bienes del ausente, procediéndose a su admistracion por los trámites de los juicios de testamentaría o abintestato, segun los casos.

C. It.—Art. 33. Si durante la posesion temporal regresare el ausente, o si probare su existencia, cesarán los efectos de la declaracion de ausencia, sin perjuicio de las garantías de conservacion i de administracion del patrimonio establecidas en el art. 21, si hubiere lugar a ellas.

Los poseedores temporales de los bienes deberán restituírlos con las rentas en la forma prescrita en el art. 31.

Art. 34. Si durante la posesion temporal se probare la fecha de la muerte del ausente, se abrirá la sucesion en favor de las personas que en aquella fecha fueran sus herederos lejítimos o testamentarios, o en beneficio de los sucesores de éstos. Los que hayan disfrutado los bienes estarán obligados a restituírlos, con las rentas, en la forma prescrita en el artículo 31.

Art. 36. Si la ausencia hubiese continuado por espa-

cio de los treinta años siguientes a la toma de posesion temporal, o si hubiesen trascurrido cien años desde la fecha del nacimiento del ausente, i ademas las últimas noticias recibidas de éste tuviesen por lo ménos una fecha de tres años, el Tribunal, a instancia de las partes interesadas, pronunciará la posesion definitiva, declarará irresponsables a los fiadores i hará cesar las demas garantías que se hubiesen impuesto.

Art. 37. Una vez autorizada la toma de posesion definitiva, cesarán toda administracion i toda dependencia de la autoridad judicial, i los que hubieren sido admitidos a la posesion temporal i sus herederos podrán proceder a la division definitiva i disponer libremente de los bienes.

## COMENTARIO

SUMARIO.—107. Reglas que contiene el artículo.—108. Por el reaparecimiento del desaparecido cesa la posesion provisional.—109. Situaciones jurídicas que pueden producir las noticias que se reciban del desaparecido.—110. La posesion definitiva permite a los poseedores disponer libremente de los bienes.—111. Diferencia entre los poseedores provisionales i los definitivos.—112. La posesion definitiva deberá darse sin más justificacion que la de haber trascurrido los plazos en que tiene lugar.—113. La posesion definitiva abre la sucesion.

107. El presente artículo contiene los siguientes preceptos:

1.º La posesion provisional termina si reaparece el desaparecido o se tuvieren noticias que motivaren la distribucion de los bienes segun las reglas jenerales;

2.º Decretada la posesion definitiva se cancelan las cauciones i cesan las restricciones impuestas a los poseedores provisionales;

3.º Si no hubiere precedido posesion provisional, por el decreto de posesion definitiva se abre la sucesion del desaparecido.

Vamos a estudiar por separado cada una de estas reglas.

108. Si reaparece el desaparecido es natural que termine la administracion de los poseedores i se entreguen los bienes a su dueño. Por ese mismo hecho cesa el objeto i la causa de la posesion provisional. Los poseedores administraban los bienes bajo esa condicion. i, habiéndose cumplido, carecen de todo título para seguir poseyéndolos.

Tal es el carácter jurídico de la muerte presunta. Descansando en indicios i conjeturas, no puede prevalecer sobre la realidad de la existencia. Como toda presuncion legal, cede ante prueba contraria i ninguna mas evidente que la presencia del desaparecido.

109. Cesa tambien la posesion provisional en el caso de recibirse noticias del desaparecido; pero es preciso tener en cuenta que éstas pueden ser confirmatorias de su existencia i paradero o confirmatorias de su fallecimiento.

Cuando confirman el fallecimiento los bienes entran en una nueva condicion. Pasan a constituir la herencia del desaparecido i entónces termina la administracion de los poseedores provisionales, ya por confundirse su calidad de tales i la de herederos, ya por pasar los bienes a otras personas llamadas por el testamento o la lei.

Cuando las noticias acreditan la existencia, pueden tambien producirse dos situaciones: o comparece el desaparecido por sí o por medio de persona que represente sus derechos o hace caso omiso del estado jurídico en que se halla.

Si lo primero, no hai cuestion. El reaparecimiento personal o la presentacion de un tercero que probase obrar en nombre de él, ya por compra u otro cualquier título lejítimo, pone término inmediato a la posesion en que están constituidos los bienes. Es indiscutible el derecho del desaparecido para disponer de sus cosas i del adquirente para colocarse por el mismo hecho en el lugar de aquél.

Pero si no comparece en ninguna forma, ¿qué se hace? ¿continúan en la administracion los poseedores provisionales, o la toman los poseedores definitivos, o se nombra curador a los bienes?

Para resolver esta interrogación, es preciso no olvidar que si el desaparecido, a pesar de las circunstancias en que se encuentra, deja de comparecer o dilata la comparecencia, es porque está conforme i acepta el estado actual de sus bienes. Esta es una justa presuncion de su voluntad. Luego subsistiria la razon i el objeto de la posesion provisoria i por lo mismo seria lójico que ésta continuase miéntras no llegue la oportunidad de convertirla en definitiva.

Sin embargo, hai que tomar este hecho con las debidas reservas, pues no faltan razones para sostener que en tal caso procede la designacion de curador de bienes, ya que vuelve a tratarse de una persona simplemente ausente, que no mantiene comunicacion con los suyos i ha constituido procurador. Es exactamente la que prevée i contempla el artículo 473 del Código (a).

---

(a) «A recibirse noticias ciertas de que el desaparecido vive, i éste no reanuda su comunicacion con su familia, procédese, conforme al art. 473, a nombrar curador de bienes; el cual exige la restitucion a los poseedores provisionales». Borja. T. II, N.º 228.

110. Se dispone en la segunda regla del artículo 90, decretada la posesion definitiva se cancelarán las cauciones i las restricciones impuestas por el artículo 88 (b).

En consecuencia, quedan los poseedores definitivos en situacion de proceder como dueños absolutos de los bienes. Los pueden vender o gravar a su exclusivo arbitrio. Ninguna medida de precaucion les dificulta el ejercicio de los derechos inherentes al dominio.

«Quedan en libertad, dice el señor Claro Solar, de enajenar todos los bienes del desaparecido, raíces o muebles, practicar la particion i liquidacion de la herencia, gravar los bienes raíces con hipotecas, censos o servidumbres, transijir o comprometer los derechos referentes a bienes del desaparecido, arrendarlos con entera libertad i, en una palabra, ejecutar todos los actos que puede realizar un verdadero propietario» (a).

111. Este procedimiento es perfectamente lójico. Durante el período de posesion provisoria no se juzgaba difícil que el desaparecido reapareciera o que a lo ménos se llegase a tener noticia cierta de su fallecimiento. De ahí la serie de prolijas precauciones adoptadas en beneficio de él o de sus herederos.

---

(b) «La palabra cancelar, empleada en el artículo 90 es deficiente; porque se refiere sólo a la fianza i la hipoteca, mas no a la prenda.

• «De los términos mismos en que está redactada la parte final del artículo 90, inciso 1.º, se deduce que independientemente de las jestioncs que hagan los herederos para obtener la posesion definitiva, los fiadores o los terceros que hubieren constituido hipoteca o prenda, pueden solicitar que se declare estinguida la fianza, que se proceda a cancelar la hipoteca, o que se devuelvan los bienes en que la prenda consiste». Borja. T. II, N.º 235.

(a) T. I, N.º 479.



Los poseedores provisionales estaban obligados a conservar i restituir los bienes cuya administracion se les habia confiado, i, por consiguiente, no podian venderlos ni gravarlos sino mediante solemnidades especiales. Debian ademas garantizar la conservacion i la devolucion de ellos i responder hasta de la culpa leve.

Pero en los casos en que se concede la posesion definitiva, se presume, si no absolutamente imposible, en extremo difícil que el desaparecido reaparezca o se adquieran noticias fehacientes de la fecha en que acaeció su muerte. El desaparecimiento adquiere el máximum de la certidumbre legal. Todas las consideraciones de equidad i de conveniencia pública inducen a poner término a la posesion provisional. De aquí que la lei adopte resoluciones definitivas i conceda a los poseedores el uso i goce de los bienes, sin cauciones ni restricciones; i que llegue hasta reconocer a los demas que tienen intereses subordinados a la condicion de muerte del desaparecido, el derecho de hacerlos valer como en el caso de la muerte verdadera.

112. Se ha preguntado si los poseedores provisorios, para obtener la posesion definitiva, deberán hacer nuevamente las justificaciones indicadas en el artículo 81.

Nos parece que nó. En ninguna parte la lei lo exige. Les bastará probar que han trascurrido los ochenta o los treinta años de que se habla en el artículo 82. Acreditadas estas circunstancias, deberá el juez acreditar sin mas trámites, la sentencia que manda dar lo posesion definitiva, la cual se concede como hemos dicho en otras partes, en los casos siguientes.

1.º Cuando acaeció al desaparecido algun accidente que puso su vida en inminente peligro de perecer i des-

de la fecha de dicho accidente han trascurrido cuatro años sin tenerse de él noticias (art. 81, 7.º);

2.º Cuando trascurridos diez años desde la fecha de las últimas noticias, se probare que el desaparecido tenia mas de ochenta años de edad (art. 82);

3.º Cuando trascurran treinta años desde las últimas noticias (art. 82).

113. Dispónese en la última regla del artículo que comentamos, que si no hubiere precedido la posesion provisoria, se abrirá la sucesion del desaparecido, segun las reglas jenerales.

Dijimos al estudiar el artículo 84 (núm. 67) que entre los efectos del decreto de posesion provisoria está la apertura de la sucesion. Nos referimos, por lo tanto, a ese comentario.

Observaremos, sin embargo, que las reglas jenerales que rijen la sucesion por causa de muerte, no pueden aplicarse tan completamente en el caso de abrirse ésta por el decreto de posesion provisoria como cuando se abre en virtud del decreto de posesion definitiva. La razon es que sólo en virtud de esta última se concede a las personas que tienen derechos subordinados a la condicion de muerte del desaparecido, la facultad de hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte. Es la sentencia definitiva la que viene a dar a la presuncion de la lei los efectos de los hechos realmente consumados.

## Artículo 91

Decretada la posesion definitiva, los propietarios i los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseidos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios, i en jeneral, todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condicion de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte.

## REFERENCIAS

Decretada.—52; núm. 4. R. del C. de B. R.

Posesion definitiva.—90.

Propietarios.—582—583.

Fideicomisarios.—733.

Usufructuados.—774—765.

Legatarios.—954.

Verdadera muerte.—78—79.

## CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 88. Decretada la posesion definitiva, los propietarios i los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseidos fiduciariamente por el ausente, los legatarios i en jeneral cuantos tengan derechos subordinados a la condicion de muerte de aquél, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte.

C. Col.—Art. 106. Decretada la posesion definitiva, los propietarios i los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseidos fiduciariamente por el desaparecido, los

legatarios, i en jeneral todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condicion de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte.

C. Arg.—Art. 122. V. C. del art. 82.

C. Ur.—Art. 61. Decretada la ausencia, si hubiere testamento cerrado, se abrirá a solicitud de los interesados o del Ministerio Público.

Los herederos testamentarios, con citacion de los herederos abintestato, o a falta de testamento, los que fueren herederos abintestato del ausente a la fecha de la desaparicion o de las últimas noticias, o del suceso de que habla el artículo 57; podrán pedir la posesion interina de los bienes que tenia el ausente, ofreciendo fianza idónea para garantía de su administracion.

Los legatarios i demas que tienen derechos eventuales que se hacen exigibles con la muerte, podrán tambien ejercerlos provisoriamente, dando fianzas.

C. Bra.—Art. 471. V. C. del Art. 81, N.º 3.

C. Fran.—Art. 123. V. C. del art. 84.

C. Sui.—Art. 38. Cuando las requisitorias no hayan dado resultado, hará el juez la declaracion de ausencia, pudiendo ejercitarse los derechos consiguientes al fallecimiento del mismo modo que si la realidad de éste se hubiese establecido.

Los efectos de la declaracion de ausencia se retrotraerán al dia del peligro de muerte o al de las últimas noticias.

---

## COMENTARIO

SUMARIO.—114. Decretada la posesion definitiva, recuperan sus bienes las personas cuyos derechos se subordinan a la condicion de muerte del desaparecido.—115. Tambien pueden pedir que se dé a los herederos la posesion definitiva.—116. No recuperan los frutos producidos con anterioridad al decreto que concede dicha posesion.

114. Segun el tenor literal de este artículo, una vez decretada la posesion definitiva, todas las personas que tengan derechos subordinados a la condicion de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte. La sucesion se abre plenamente i procede la liquidacion de la herencia como en cualquiera otra situacion normal i corriente. Los nudos propietarios de bienes cuyo usufructo tenia el desaparecido, los fideicomisarios de bienes de que el desaparecido era fiduciario, los legatarios, etc., deberán entrar en posesion de lo que les pertenciere.

115. Pero siendo necesario para que este derecho nazca, la dictacion previa de la sentencia que da la posesion definitiva, i pudiendo suceder que no convenga a los poseedores provisionales solicitarla para no verse obligados a restituir los bienes, es evidente que tales interesados tienen la facultad de poderla pedir por sí solos, con prescindencia i aun contra la voluntad de los herederos presuntivos. Esto es rigurosamente lógico i de absoluta necesidad para garantizarles en la práctica el derecho que en la lei se les reconoce.

Ademas corroboran esta interpretacion el artículo 81, N.º 3, i el inciso final del 84. El primero autoriza para solicitar la declaracion de presuncion de muerte a todos los que tengan interes en ella; i el segundo orde-

na que se declare yacente la herencia en caso de que no se presenten herederos. Tales disposiciones serian inútiles, si hubiese de entenderse que no facultan a los interesados para pedir que se dé a los herederos la posesion definitiva: pues es indiscutible que este será el caso para ellos de mayor interes (a).

116. Se pregunta si las personas cuyos derechos estaban subordinados a la condicion de muerte del desaparecido, recuperan conjuntamente con sus bienes, los frutos que estos hubieren producido ántes de la posesion definitiva. La cuestion es importante i para resolverla, necesitamos distinguir los diversos períodos del desaparecimiento.

Los frutos producidos durante la mera ausencia forman parte del patrimonio del desaparecido que deben recibir los herederos presuntivos. Se acumulan al acervo total i de ellos responden los poseedores. Al comentar el artículo 85 tuvimos oportunidad de esponer la razon de dicho procedimiento.

Los frutos percibidos durante el período de posesion provisional, corresponden íntegramente a los poseedores. Así quedó claramente establecido en el comentario del artículo 89. Así tambien lo dispone el artículo 91, al prescribir que sólo despues de decretada la posesion definitiva entrarán los interesados a hacer valer sus derechos como en el caso de verdadera muerte. Esto equivale a decir que mientras ésta no se produzca, los asignatarios i los propietarios de los bienes no tienen sobre ellos ningun derecho perfecto.

---

(a) «Aun cuando los herederos no pidan la posesion definitiva, dichas personas (los interesados) pueden exigir que ella se conceda, i, concedida, las mismas personas pueden hacer valer sus derechos»,—Borja, T. II. N.º 239.

Tal resolución es justa i lójica. Los poseedores provisionales administran en nombre del desaparecido i representan sus intereses. La muerte presunta, en este período, todavía produce efectos limitados. Es preciso que venga la posesion definitiva a darle consecuencias mas trascendentales. Antes de ella se ha procedido en el supuesto de que aun vive el desaparecido, i en tal caso de nada tienen que quejarse los predichos interesados, cuyos derechos están subordinados a la condicion de muerte de aquél.

Para ellos es enteramente indiferente la fecha de la muerte presunta. Su derecho sólo nace a la fecha de la sentencia de posesion definitiva. Hasta ese instante únicamente tenían la nuda propiedad fiduciaria. Los frutos correspondian al desaparecido, o sea, a las personas que lo representen.

Semejante es la situacion de los legatarios. Si ellos no han administrado los bienes, es natural que indemnicen a los administradores, concediéndoles el derecho a los frutos. Otra cosa, seria una manifiesta espoliacion (a).

---

(a) «Se pregunta, ¿los fideicomisarios i demas gozarán de los frutos desde la declaracion de la muerte presunta, o sólo desde que se decreta la posesion definitiva?—En el artículo 84 se dispone que la posesion provisional se dé a los herederos presuntivos, sean los testamentarios o los lejitimos del desaparecido. El fideicomisario i otros que tengan derechos subordinados a la condicion de muerte del desaparecido, no son sus herederos testamentarios ni lejitimos, ni debiera dárseles en consecuencia la posesion provisional. No obstante, la equidad natural, i las palabras empleadas al fin del artículo 91, como en el caso de verdadera muerte, convencen de que los fideicomisarios i demas, haciendo valer sus derechos como en el caso de verdadera muerte, pueden pedir los frutos producidos desde la declaracion de la muerte presunta, i tambien los demas percibidos desde el dia presuntivo de la muerte, si existieren o si no hubieren sido consumidos de buena fe. Los legatarios de jénero, deben sujetarse no

Llegada por fin la tercera i última época del desaparecimiento, cambia la situacion de los bienes. Como hemos dicho, se abre la sucesion pienamente; se liquida la herencia, i los asignatarios i todos cuantos tienen derechos subordinados a la condicion de muerte del desaparecido entran a ejercerlos con entera libertad.

Ahora si que es natural que los frutos pertenezcan a los dueños de los bienes, i que los poseedores definitivos tengan la obligacion de dar cuenta de ellos (b).

## Art. 92

El que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que el desaparecido ha muerto verdaderamente en esa fecha; i, mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho en los términos de los artículos precedentes.

I por el contrario, todo el que reclama un derecho para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o despues de esa fecha, estará obligado a probarlo; i sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna.

---

obstante a las reglas correspondientes.—Si solo en el caso de la posesion definitiva gozasen de los frutos los fideicomisarios i propietarios; i si estuviere sólo en la mano de los herederos el pedir dicha posesion, habria casos en que le convendria no pedirla nunca; i dejar suspenso indefinidamente el derecho de los fideicomisarios i nudos propietarios, i así se llegaria a establecer dos fideicomisos o usufructos sucesivos».—J. C. Fábres.—T. IX.—Pág. 196.—Nota 10.

(b) «Hemos dicho ya lo bastante sobre este sistema arbitrario de nuestro Código i sólo agregaremos que el artículo 1338 que reglamenta la distribucion de los frutos de la herencia, no puede sino aplicarse al tiempo que dure la indivision despues de decretada la posesion definitiva de los bienes del desaparecido».—Claro Solar.—T. I, núm. 474.



## REFERENCIAS

Derecho.—576.

Desaparecido.—80.

Muerto.—78.

Fecha de la muerte presunta.—81,6°.

Prueba en contrario.—47.

Probarlo.—1698.

## CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 98. El que reclama un derecho, para cuya existencia se suponga que el ausente ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que éste ha muerto verdaderamente en esa fecha; i mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho, en los términos de los artículos precedentes.

I por el contrario, todo el que reclama un derecho, para cuya existencia se requiera que el ausente haya muerto ántes o despues de esa fecha, estará obligado a probarlo; i sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna.

C. Col.—Art. 107. El que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que el desaparecido ha muerto verdaderamente en esa fecha; i mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho en los términos de los artículos precedentes.

I por el contrario, todo el que reclama un derecho para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto ántes o despues de esa fecha, estará obligado a probarlo, i sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna:

C. Arg.—Art. 125. Si el ausente hubiera dejado hijos lejítimos, cuya existencia se ignoraba, podrán estos pedir, i deberá entregárseles, los bienes del ausente como en el caso de la aparicion de éste. Lo mismo se hará si se presentasen herederos instituidos en un testamento del que no se tenia conocimiento, i los herederos probasen la efectiva muerte del testador.

C. Ur.—Art. 74. Cuando se réclame un derecho que recaiga en individuo cuya existencia no es legalmente reconocida, conforme a lo establecido en el artículo 51, deberá probarse que ese individuo existia en la época en que el derecho recayó en él.

Art. 51. El ausente a los ojos de la lei, ni está vivo, ni está muerto.

A los que tienen interes en que esté vivo, toca probar la existencia, como el fallecimiento, a los que tienen interes en que haya muerto.

C. Ven.—Art. 51. No se admitirá la reclamacion de un derecho proveniente de una persona cuya existencia sea necesaria al nacer el derecho, si no se prueba que dicha persona existia cuando el derecho tuvo nacimiento.

C. Fran.—Art. 135. El que reclame un derecho deferido a un individuo cuya existencia no sea cierta, debe probar que ese individuo existia cuando se defirió el derecho: hasta que rinda esa prueba, no se le aceptará la demanda.

Art. 136. Si se abre una sucesion a que es llamado

un individuo cuya existencia no es cierta, se defirirá exclusivamente a los que tengan derecho de concurrir con él o a los que hubieran sucedido en ella en su falta.

C. Esp.—Art. 195. El que reclame un derecho perteneciente a una persona cuya existencia no estuviere reconocida, deberá probar que existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

C. Sui.—Art. 32. El que, para ejercer un derecho, pretenda que una persona existe o que ha muerto, o que vivía en una época determinada, que ha sobrevivido a otra persona, habrá de probar el hecho que alegue.

Cuando varias personas hayan muerto, sin que sea posible probar que una persona ha sobrevivido a la otra, se entenderá que fallecieron al mismo tiempo.

C. It.—Art. 42. Nadie podrá reclamar un derecho en nombre de una persona cuya existencia se ignora, si no prueba que existía cuando nació el derecho.

## COMENTARIO

SUMARIO.—117. Resúmen i razon del artículo.—118. Ejemplos con que lo esplicó don Andres Bello.

117. El señor Borja resume este artículo en las dos reglas siguientes:

«1.<sup>a</sup> La sentencia que declara la fecha de la muerte presunta, es plena prueba contra todos; i

2.<sup>a</sup> Si alguno alega que la muerte acaeció ántes o despues de esa fecha, él debe probarlo».

«Ambas reglas, agrega, son consecuencia necesaria, ya del sistema sobre la presuncion de muerte por desa-

parecimiento, ya de los principios jenerales sobre las pruebas» (a).

En efecto, la muerte presunta es una presuncion legal, que como todas las de esta clase, hace fe miéntras no se demuestre lo contrario. Cualquiera puede aprovecharse de ella para el arreglo de sus derechos i obligaciones. Por lo tanto, el que reclama un derecho, fundándose en que el desaparecido falleció en la fecha de la muerte presunta, no necesita rendir otra prueba. Le basta atenerse a la presuncion que la lei establece.

I al contrario, si álguien alega que el fallecimiento tuvo lugar en otra fecha que la indicada en la sentencia que declaró la muerte presunta, entónces estará obligado a justificar su asercion. Así lo establece este artículo i lo requiere el carácter simplemente legal de la presuncion que obsta a su derecho. Así tambien lo dispone el artículo 1698, que es la regla jeneral en cuanto se refiere a la prueba de las obligaciones.

En resolucion, este artículo establece que la presuncion de muerte por desaparecimiento, como presuncion legal que es, deberá prevalecer contra todos, miéntras no haya plena prueba en contrario (b).

118. El señor Bello en la nota puesta al artículo 106 del proyecto de Código Civil de 1853, trae los ejemplos que paso a copiar. Ellos ilustran de tal manera la teoría, que estimo inútil todo otro comentario. Dice la es-

(a) T. II.—N.º 240.

(b) «La prueba de la muerte verdadera del desaparecido en la fecha asignada a su muerte presunta, no es necesaria desde que la presuncion afirma precisamente la muerte en dicha fecha; pero segun los principios jenerales en materia de prueba, todo el que afirme que ha ocurrido esa muerte ántes o despues de aquella fecha, estará obligado a probarlo i sin esta prueba no podrá entrar en pos sion del derecho que reclama». Claro Solar—T. I. N.º 475.

presada nota: «Art. 106, inc. 1.º Por ejemplo, el desaparecido Pablo ha muerto presuntivamente el 1.º de Mayo de 1830, i ha sido instituido heredero de Antonio en primer lugar, i en su defecto Diego. La sucesion de Antonio se abre en el mes de Diciembre del mismo año. El sustituto Diego nõ tiene necesidad de probar que Pablo era entõnces muerto. Le basta el decreto judicial que ha fijado el 1.º de Mayo de 1830 como fecha presuntiva de la muerte. Pero no podrá usar de su derecho dentro de los diez años subsiguientes a la fecha de las últimas noticias, porque durante ese tiempo se considera provisoriamente el desaparecimiento como mera ausencia.

«Art. 106, inc. 2.º Si en la hipótesis precedente la fecha de la muerte presunta se fijase en Enero de 1831, el sustituto Diego no podria pedir por falta de Pablo la herencia de Antonio, a ménos de probar que Pablo habia muerto ántes que Antonio.

«Por otra parte, los herederos de Pablo no pueden reclamar la herencia de Antonio fallecido despues de la fecha presuntiva de muerte, sino probando que Pablo existia verdaderamente al tiempo de deferírsele la sucesion de Antonio.

«Si Antonio fuese el padre de Pablo, los hijos de Pablo podrian reclamar de todos modos la porcion paterna en la herencia de Antonio. Abriéndose la sucesion de Antonio despues de la fecha de la muerte presunta, reclamarán dicha porcion por derecho de representacion; en caso contrario, por derecho de trasmision; bien entendido, que, para suceder por derecho de trasmision, tienen que aceptar la herencia de Pablo, de la cual es parte integrante el derecho de pedir la porcion de Pablo en los bienes de Antonio.»

---

### Art. 93

El decreto de posesion definitiva podrá rescindirse a favor del desaparecido si reapareciere, o de sus lejitimarios habidos durante el desaparecimiento, o de su cónyuje por matrimonio contraido en la misma época.

### REFERENCIAS

Decreto de posesion definitiva.—82—90.

Rescindirse.—1682.

Desaparecido.—80.

Lejitimarios—1182.

Matrimonio—102.

### CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 90. El decreto de posesion definitiva podrá rescindirse a favor del ausente, si volviere, o de sus lejitimarios habidos durante la desaparicion, o de su cónyuje por matrimonio contraido en la misma época.

C. Col.—Art. 108. El decreto de posesion definitiva podrá rescindir a favor del desaparecido si reapareciere, o de sus lijitimarios habidos durante el desaparecimiento, o de su cónyuje por matrimonio contraído en la misma época.

C. Arj.—Art. 125. V. C. del art. 92.

Art. 124. Si el ausente apareciese despues de dada la posesion definitiva de sus bienes, le serán entregados en el estado en que se encuentren, o los que con el va-

lor de ellos se hubiesen comprado, pero no podrá exigir el valor de los consumidos ni las rentas o intereses percibidos por los que hubiesen tenido la posesion definitiva.

C. Ur.—Art. 71. Si el ausente vuelve, o si se acredita su existencia, aun despues de la posesion definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren, el precio de los que se hubiesen enajenado, o las cosas adquiridas con el precio de las que se hubiesen vendido; pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

Art. 72. Los descendientes lejítimos del ausente podrán asimismo dentro de quince años contados desde la posesion definitiva, solicitar la restitucion de sus bienes, en la forma espresada en el artículo anterior.

C. Bra.—Art. 483. Regresando el ausente en los diez años siguientes a la apertura de la sucesion definitiva, o alguno de sus descendientes, o ascendientes, aquél o éstos obtendrán sólo los bienes existentes en el estado en que se encuentren, o los subrogados en su lugar, o el precio que los herederos o demas interesados hubieren recibido por los bienes enajenados despues de aquel tiempo.

Párrafo único. Si, en los diez años de este artículo, el ausente no regresare, i ningun interesado solicitare la sucesion definitiva, la plena propiedad de los bienes guardados pasará al Estado donde tenia su domicilio el ausente, o a la Union, si estaba domiciliado en el Distrito Federal, o en territorio no constituido en Estado.

C. Ven.—Art. 48. Si, despues de acordada la posesion definitiva, vuelve el ausente o se prueba su existencia, recobra los bienes en el estado en que se encuentren, i tiene derecho a reclamar el precio de los que

han sido enajenados, si aun se debe, o los bienes provenientes del empleo de este precio.

Art. 49. Los hijos o descendientes del ausente pueden igualmente, dentro de los treinta años, contados desde la posesion efectiva, hacer valer los derechos que les pertenezcan sobre los bienes del ausente, segun las reglas establecidas en el artículo precedente, sin que tenga necesidad de probar la muerte del ausente.

C. Fran.—Art. 132. Si el ausente reaparece, o si se prueba su existencia aun durante la posesion definitiva, recuperará sus bienes en el estado en que se hallen, el precio de los que hubiesen enajenados, o los bienes provenientes de la inversion del precio de los bienes vendidos.

Art. 133. Los hijos i descendientes del ausente podrán asimismo, dentro de los treinta años, contados desde la posesion definitiva, pedir la restitucion de sus bienes, segun lo prescrito en el artículo precedente.

C. Esp.—Art. 194. Si el ausente se presenta, o, sin presentarse, se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, i el precio de los enajenados o los adquiridos con él, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

C. Sui.—Art. 547. Los poseedores de los bienes están obligados a restituirlos al ausente si reaparece o a terceros que hagan valer derecho preferente. En ambos casos son aplicables las reglas de la posesion.

Si han obrado de buena fe, la obligacion de restituir en cuanto a los terceros empieza solo desde que se incoó la accion de peticion de herencia.

C. It.—Art. 39. Si despues de la toma de posesion definitiva regresare el ausente o se probare su existen-



cia, recobrará los bienes en el estado en que se encuentren i tendrá derecho a reclamar el precio de los que se hayan vendido si todavía no se ha cobrado, o los bienes procedentes del empleo de este precio.

Art. 40. Los hijos i descendientes del ausente podrán asimismo, dentro de los treinta años siguientes al día de la toma de posesion definitiva, hacer valer los derechos que les correspondan sobre los bienes del ausente, conforme a las reglas establecidas en el artículo precedente, sin estar por esto obligados a probar el fallecimiento.

## COMENTARIO

SUMARIO.—119. La posesion definitiva no se rescinde sino que se resuelve. —120. El desaparecido puede pedir la resolucion en cualquier tiempo que se presente.—121. Pueden tambien pedirla los legitimarios habidos durante el desaparecimiento o el cónyuje por matrimonio contraído en la misma época.—122. Lo que se disponia en los proyectos anteriores al Código sobre este punto.—123. Lo que se prescribe en algunas legislaciones estranjerias sobre lo mismo.

119. Dice la ley que el decreto de posesión definitiva podrá rescindirise. Este es un error. La rescisión retrotrae las cosas al estado anterior al acto que se rescinde. Es la accion que compete a las personas que pueden pedir la declaracion de nulidad del hecho jurídico nacido con un vicio orijinario. De modo que sólo se rescinde el acto o contrato que adolece de vicios que lo anulan.

Las convenciones válidamente celebradas se resuelven. La resolucion no anula la declaracion de voluntad; deja persistente el vínculo jurídico. La accion resolutoria produce la restitucion de las cosas respetando los derechos i obligaciones constituidos en el tiempo intermedio.

Por eso la nulidad relativa da derecho a la rescision, segun el artículo 1682; i en los contratos bilaterales va envuelta la condicion resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, segun el artículo 1489.

Ahora bien, si aplicamos estas doctrinas, que están confirmadas en numerosas disposiciones de nuestro Código, a la posesion definitiva, debemos concluir necesariamente que ésta no se rescinde sino que se resuelve. Quedan subsistentes los compromisos jurídicos contraidos por los poseedores definitivos. En sí misma ningun vicio encierra la posesion definitiva. Si cesa, no es por defecto de su constitucion, sino por causa sobreviviente. Es el cumplimiento de una condicion determinada lo que viene a ponerle término. Satisface, pues, plenamente las teorías jurídicas que sobre la resolucion i la rescision dejamos espuestas (a).

(a) «Si a la sentencia que concedió la posesion definitiva han precedido todos los trámites por la lei puntualizados, tal sentencia no es susceptible de *rescision*; resuélvese cuando se cumple la condicion resolutoria prevista por el legislador; la cual consiste en que el desaparecido reaparezca o en que se tengan noticias ciertas de su existencia o de su muerte». Borja. T. II. núm. 241.

«La *rescision* deja suponer siempre que la causa porque se efectúa ha coexistido con la ejecucion o celebracion del acto o contrato, a diferencia de la *resolucion*; que supone un vicio sobreviniente. Aquí dice la lei que el decreto de posesion definitiva se *rescinde*, porque en el momento de ser pronunciado, obraba en el ánimo del juez el falso concepto (autorizado e impuesto por la lei) de que el desaparecido habia muerto, o de que no habia dejado personas que pudieran alegar sobre sus bienes mejor derecho que las que pasaran a ser poseedores definitivos, en virtud del mismo decreto.

«No se dice en este artículo que pueda rescindirse el decreto de posesion definitiva en favor de los legitimarios habidos ántes del desaparecimiento, porque, o son herederos presuntivos, que es lo mas probable, o no lo han sido por incapacidad, indignidad o justo desherédamiento». — A. de L. i C. P.—Páj. 219.

120. Prescribe el artículo que la rescision del decreto de posesion definitiva se hará a favor de las siguientes personas:

1.º Del desaparecido, si reapareciere;

2.º De sus lejitimarios habidos durante el desaparecimiento; i

3.º De su cónyuje por matrimonio contraido en la misma época.

El derecho del desaparecido es claro como un axioma. Nada mas justo i mas conforme al sistema del desaparecimiento. La presuncion de muerte debe ceder ante la realidad de la existencia del desaparecido. Seria absurdo i delictuoso entregar a los herederos el patrimonio de una persona que está viva. Como dice Manresa i Navarro comentando el artículo 194 del Código Español, «esa presuncion de la lei es solo *juris tantum* i puede desvanecerse, segun ya se ha dicho, por la presentacion del que se le ha tenido por muerto o por la prueba de su existencia; esta adquisicion de herencia es revocable por su propia naturaleza desde el momento que se demuestre la falsedad de su causa, o sea la inexacta defuncion del ausente» (a).

Por consiguiente, el que sea definitiva la posesion que se concede a los herederos, no quiere decir que sea irrevocable. Estos son dueños de los bienes en cuanto quedan válidos i firmes los contratos que han celebrado con terceros; pero no en cuanto a las relaciones jurídicas que los ligan al desaparecido. El derecho de éste para recuperarlos en cualquier tiempo que se presente mantiénese inatacable i en toda su justa plenitud. Lo

---

(a) T. II.—Páj 150.

contrario seria un despojo tan violento como injustificado (b).

121. No es ménos justo el derecho de los lejitimarios i del cónyuje. Son legalmente los continuadores de la persona del desaparecido i todas las consideraciones que hacen sagrado el derecho de transmitir los bienes por causa de muerte obran en su favor.

Pero debemos observar que la lei no reconoce ese derecho a todos los que llama lejitimarios el artículo 1182, sino sólo a los habidos durante el desaparecimiento. En consecuencia estos serán:

---

(b) «Bigot Prémeneu esplica perfectamente el objeto de la posesion definitiva i los derechos que ella concede a los poseedores. Es menester que cese el estado precario en que se hallan los herederos durante el segundo período. Cuando han trascurrido treinta i cinco años a lo ménos desde el desaparecimiento, los herederos tienen derecho para exigir que sus derechos tengan estabilidad. ¿En qué sentido provee la posesion definitiva a tal estabilidad? El orador del gobierno responde que no son ya meros depositarios de los bienes; que adquieren el dominio, i que pueden enajenar los bienes. ¿Significa eso que el dominio es irrevocable? Nó; tan luego como el ausente regresa, los derechos de los herederos que han cntrado en posesion caducan. Respecto del ausente, los herederos no pueden ser dueños, porque no hai herencia de una persona viva. No siendo dueños, no son realmente sino mandatarios, administradores. Se les considera, pues, en dos aspectos. ¿De dónde proviene esa posición que parece contradictoria? ¿Cómo son a un mismo tiempo propietarios i administradores? Bigot Prémeneu nos lo dice. El interes público exige que los bienes del ausente vuelvan al comercio. Es preciso que los poseedores tengan el derecho de enajenar; i si el ausente reaparece, deberá respetar todos los actos ejecutados por los herederos.

«Tal es la teoría de la posesion definitiva; i ahora comprendemos esta denominacion. Es definitiva en cuanto concierne a las relaciones de los poseedores con terceros; todos los actos ejecutados por los herederos son válidos, i subsisten aun cuando el ausente reaparezca; pues son definitivos. Pero la posesion no es definitiva respecto del ausente, i no puede serlo. El proyecto del Código declaraba que los poseedores adquirian el dominio irrevocable aun respecto del ausente; lo cual era una verdadera herejía jurídica». Laurent. T. II.—225.

1.º Los hijos legítimos personalmente o representados por su descendencia legítima; i

2.º Los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima.

La enumeracion del artículo 93 es terminante. Indica taxativamente a las personas favorecidas. Suponer que tambien tienen análogo derecho algunas otras, seria violentar su clarísimo tenor literal (a).

Esta disposicion podrá ser lo injusta i anómala que se quiera, como lo es efectivamente, pero de todos modos es la expresion irredargüible de la voluntad del legislador. Ni se puede alegar en contrario el precepto del artículo anterior; pues ese artículo, como observa el señor Claro Solar, «es una disposicion desligada e independiente de la teoría del desaparecimiento i contempla un caso especial: no derechos en la herencia del desaparecido, sino derechos subordinados a la muerte del desaparecido» (b).

122. En el proyecto de Código Civil de 1853 el artículo que comentamos tenia el número 103 i decia: «El decreto de posesion definitiva podrá rescindirse a favor del desaparecido si reapareciere, o de quien por derecho corresponda.»

El autor del proyecto habia ilustrado la teoría, mediante la citacion de algunos casos. «Por ejemplo, decia, de un hijo legítimo, habido durante el desaparecimiento, i

---

(a) «¿Es ésta una enumeracion taxativa? Entendemos que no, a virtud de lo establecido en la disposicion precedente. Es verdad, nada seria mas injusto que negar el derecho de restitution a un legatario o heredero, por ejemplo, que hubiera sido privado sin razon alguna de los bienes del desaparecido».—Armas. Pág. 140.

(b) T. I.—N.º 477.

cuya existencia se ignoraba; de un legatario por testamento otorgado durante la misma época; etc.»

Esta redaccion era mucho mas amplia que la del Código. Se respetaba enteramente el derecho natural del desaparecido para disponer de sus bienes por acto testamentario i con razon la jeneralidad de los comentadores ha elojiado su equitativa liberalidad (c).

Pero la Comision Revisora, en el estudio que hizo del proyecto, modificó sustancialmente dicho artículo, i le dió su forma actual.

El proyecto inédito, que es el resultado de esa revision, consigna la nota siguiente: «Art. 95. Observacion del señor Ocampo:

«La accion rescisoria concedida a la mujer del desaparecido parece que no tiene objeto, porque aquélla no la necesita para reclamar los derechos que tenga que ejercitar en la sucesion del desaparecido.»

«Contestacion de don Andres Bello.

«Se trata del cónyuje con quien ha contraido matrimonio el desaparecido durante el desaparecimiento. Dada la posesion definitiva, ¿qué derechos tendrá esta mujer? No los concibo. No pueden nacer sino de su matrimonio con una persona que, en el concepto de la lei, al tiempo de celebrarlo habia muerto. Le es necesaria de todo punto, a mi juicio, la rescision de dicho decreto.»

---

(c) «Estas palabras: *o de quien por derecho corresponda*, se referian a todos cuantos podian reclamar la herencia con título preferente al de los que habian alcanzado la posesion definitiva; pues tal sentencia, como no espedita en juicio contradictorio, no pasa en autoridad de cosa juzgada, i aun cuando hubiera habido controversia entre dos o mas herederos que pretendian la posesion definitiva, la sentencia, como todas, no surtiria efectos sino entre los litigantes. Luego, los herederos que no habian intervenido en el juicio tenian espedita la accion de peticion de herencia mientras no prescribiese.» Borja. T. II. N.º 244,

Ahora se comprende el espíritu de los legisladores. No aceptaron el amplio criterio que informó el artículo 103 del proyecto de don Andres Bello. Quisieron que en virtud del decreto de posesion definitiva, los poseedores provisionales adquiriesen a firme los bienes, i establecieron la resolucion del decreto solamente en beneficio de las personas que determinan que son, como hemos dicho, los lejitimarios habidos durante el desaparecimiento o el cónyuje por matrimonio que en la misma época se hubiere celebrado.

123. La resolucion de la sentencia que concedió la posesion definitiva hállase establecida en todos los códigos.

El de Napoleon dispone que si reaparece el ausente o si se prueba su existencia, recuperará sus bienes; i que el mismo derecho tendrán sus hijos i descendientes, dentro de los treinta años siguientes a la posesion definitiva (arts. 132 i 133).

Los artículos 39 i 40 del Código italiano i los artículos 48 i 49 del Código de Venezuela, estatuyen una prescripcion igual a la del Código frances.

El Código uruguayo reconoce al ausente i a sus descendientes las mismas prerrogativas, pero reduce a quince años el plazo de que pueden disponer estos últimos.

El Código arjentino confiere el derecho de reclamar los bienes así al desaparecido como a sus hijos lejitimos i aun a los herederos instituidos en un testamento del que no se tenia conocimiento, si estos herederos probasen la efectiva muerte del desaparecido (arts. 124 i 125).

I finalmente, el Código del Brasil dice que el ausente, sus descendientes i sus ascendientes obtendrán los bie-

nes si regresasen en los diez años siguientes a la apertura de la sucesion definitiva.

---

### Art. 94

En la rescision del decreto de posesion definitiva se observarán las reglas que siguen:

1.<sup>a</sup> El desaparecido podrá pedir la rescision en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia.

2.<sup>a</sup> Las demas personas no podran pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripcion contados desde la fecha de la verdadera muerte.

3.<sup>a</sup> Este beneficio aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren.

4.<sup>a</sup> En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas i demas derechos reales constituidos legalmente en ellos.

5.<sup>a</sup> Para toda restitucion serán considerados como poseedores de buena fé, a ménos de prueba contraria.

6.<sup>a</sup> El haber sabido i ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fé.

### REFERENCIAS

Rescision.—1632.

Decreto posesion definitiva.—82—90.

El desaparecido.—80.

Las demas personas.—93.

Plazos de prescripcion.—2492—2512—2515—2517.

Muerte.—78.



Bienes.—565.

Enajenaciones.—1793.

Hipotecas.—2407—2384.

Derechos reales.—577.

Poseedores de buena fé.—706—707—906—907—909—913.

A menos prueba contraria.—1698—707.

## CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 91. En la rescision del decreto de posesion definitiva se observarán las reglas que siguen:

1.º El ausente podrá pedir la rescision en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia.

2.º Las demas personas no podrán pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripcion, contados desde la fecha de la verdadera muerte.

3.º Este beneficio aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren.

4.º En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes, en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas i demas derechos reales constituidos legalmente en ellos.

5.º Para toda restitution serán considerados los demandados como poseedores de buena fé, a menos de prueba contraria.

6.º El haber sabido i ocultado la verdadera muerte del ausente, o su existencia, constituye mala fé.

C. Col.—Art. 109. En la rescision del decreto de posesion definitiva se observarán las reglas que siguen:

1.ª El desaparecido podrá pedir la rescision en cual-

quier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia.

2.<sup>a</sup> Las demas personas no podrán pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripcion contados desde la fecha de la verdadera muerte.

3.<sup>a</sup> Este beneficio aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren.

4.<sup>a</sup> En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas i demas derechos reales constituidos legalmente en ellos.

5.<sup>a</sup> Para toda restitucion serán considerados los demandados como poseedores de buena fé, a ménos de prueba contraria.

6.<sup>a</sup> El haber sabido i ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe.

C. Arg.—Art. 124. V. C. del art. 89.

Art. 125. V. C. del art. 92.

C. Ur.—Art. 71. Si el ausente vuelve, o si se acredita su existencia, aun despues de la posesion definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren; el precio de los que se hubiesen enajenado, o las cosas adquiridas con el precio de las que se hubiesen vendido; pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

Art. 72. V. C. del art. 93.

Art. 77. Miéntras que el ausente no se presente, o no se deduzcan acciones a su nombre, los poseedores de la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe (Artículo 694).

C. Bra.—Art. 483. V. C. del art. 93.

C. Ven.—Arts. 48 i 39. V. C. del art. 93.

Art. 50. Si despues de la posesion definitiva, se descubre de una manera cierta la época de la muerte del au-

sente, los que en esa época habrían sido sus herederos o legatarios, o adquirido algún derecho a causa de su muerte, o sus sucesores, pueden intentar las acciones que les competan, salvo los derechos que los poseedores hayan adquirido por prescripción o por percepción de frutos con buena fe,

C. Per.—Art. 78. En cualquier estado que reaparezca revocado el testamento que motivó la posesión provisional o definitiva, o que se manifieste otro nuevo testamento del ausente, se conferirá la herencia a los que resulten herederos legales o testamentarios, según estos últimos documentos, sin que lo impida la posesión anterior.

Art. 79. Cesará la posesión, sea provisional o definitiva, cuando haya noticia de que vive el ausente: desde entonces el heredero quedará reducido a la clase de guardador, i sujeto a todas las condiciones de éste.

C. Fran.—Arts. 132 i 133.—V. C. del art. 93.

Art. 138. Mientras el ausente no reaparezca o las acciones no se ejerzan a su nombre, los que hubieren sucedido en los bienes harán suyos los frutos percibidos de buena fe.

C. Al.—Art. 2031. Cuando una persona cuyo fallecimiento se haya declarado haya sobrevivido a la época en que se reputó muerta, podrá exigir la restitución de su patrimonio con arreglo a las disposiciones relativas a la petición de herencia. Mientras viva la persona declarada muerta, no se verificará la prescripción de su derecho hasta transcurrido un año desde el momento en que haya tenido conocimiento de la declaración de su muerte.

Lo mismo sucederá cuando se haya admitido falsamen-

te el fallecimiento de una persona, i no existe una declaracion de óbito.

C. Esp.—Art. 194. V. C. del art. 93.

Art. 198. V. C. del art. 89.

C. It.—Arts. 39 i 40. V. C. del art. 93.

Art. 41. Si con posterioridad a la toma de posesion definitiva se probase la fecha de la muerte del ausente, los que en aquella época hubiesen sido sus herederos o legatarios, o adquirido un derecho a consecuencia de la muerte, o sus herederos, podrán intentar las acciones que les competan sin perjuicio de los derechos que por la prescripcion hayan adquirido los poseedores i de los efectos de buena fé en cuanto a los frutos percibidos.

Art. 45. Miétras no se presente el ausente o se promuevan en su nombre las acciones que le competen, los que hayan recojido la herencia no estarán obligados a restituir los frutos percibidos de buena fé.

## COMENTARIO

SUMARIO: 124. Contra el desaparecido no corre ninguna clase de prescripcion.—125. El derecho de los lejitimarios habidos durante el desaparecimiento i del cónyuge por patrimonio contraido en la misma época, espira dentro de los respectivos plazos de prescripcion.—126. La rescision solo aprovechará a las personas que por sentencia judicial la obtuvieren.—127. Los bienes deberán ser entregados en el estado en que se hallen.—128. Se presume legalmente la buena fe de los poseedores.—129. Se presume de derecho la mala fe si estos ocultaren la verdadera muerte o existencia del desaparecido.—130. Responsabilidad de los poseedores segun sean de buena o de mala fe.—131. Referencias a algunos códigos extranjeros.

En los dos últimos artículos que dedica el Código a la reglamentacion de la muerte presunta por desaparecimiento, considera las relaciones de derecho que nacen

del supuesto de la reaparicion del desaparecido o del conocimiento de la época en que realmente acaeció su muerte. En los artículos anteriores solo habia tratado del desaparecimiento en el concepto de ignorarse la existencia del desaparecido.

Vamos, pues, a estudiar la reglamentacion que establece el artículo 94, conservando el mismo óden de sus disposiciones.

Dice el primer inciso que «el desaparecido podrá pedir la rescision en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia».

Esto quiere decir que contra el desaparecido mismo no corre prescripcion alguna, en cuanto pretenda reivindicar sus derechos de mano de los poseedores, i nos obliga a indicar en lo que consiste la prescripcion.

Sin referirnos al antiguo Derecho Romano que tan prolijamente la reglamentó, observaremos que todos los códigos modernos han establecido la prescripcion como un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones i derechos ajenos, por haberse poseido las cosas o no haberse ejercido dichas acciones i derechos durante cierto lapso de tiempo (art. 2492).

Basada en consideraciones de orden social, tiene por objeto dar fijeza i seguridad a la propiedad. Si un individuo no goza de ésta i permite que otro la disfrute, se puede presumir prudencial i racionalmente que ha perdido o acepta perder sus derechos.

Divídese en adquisitiva i estintiva, segun se trate de adquirir o perder un derecho; i en ordinaria i extraordinaria, segun el tiempo de su duracion. Solo se ejerce sobre las cosas que están en el comercio humano; corre contra las personas naturales o jurídicas, i entre los que están dentro del territorio de la República i los

que están fuera de él. Si es ordinaria se suspende a favor del impedido i de otras personas constituidas en cierto estado de incapacidad i requiere posesion no interrumpida, justo título i buena fé. Si es extraordinaria, no necesita título alguno i no se suspende en favor de los impedidos ni de los incapaces.

Pues, bien, como hemos dicho, contra el desaparecido no corre ninguna clase de prescripcion. Tratándose de él, la lei desconoce espresamente ese derecho a los poseedores.

La escepcion es justa. El desaparecido en ningun momento ha perdido su condicion natural de dueño único de los bienes. Durante la mera ausencia estaban a cargo de sus administradores o de sus representantes legales; durante la posesion provisional, se administraban tambien en su nombre i representacion; i durante la posesion definitiva fueron cedidos bajo la condicion resolutoria de que se le devolvieran si reapareciere.

Nunca, pues, han podido creerse dueños absolutos los poseedores. En su conocimiento estaba esa particular modalidad de su dominio, i, como dice un escritor, «silo aceptaron en tales términos, no es inequitativo someterlos a la resolucion, llegado el caso en que ésta haya de efectuarse» (a).

Ahora, en cuanto a las razones filosóficas i jurídicas que justifican el amparo que presta la lei al desaparecido, creemos haberlas consignado en el comentario del artículo anterior, i para no repetirnos inútilmente, nos referimos a lo dicho en esa ocasion.

125. Prescribese en el segundo inciso que «las demas

---

(a). A. de L. i C. P.—Páj. 211.

personas (los lejitimarios i el cónyuge) no podrán pedir la rescision sino dentro de los respectivos plazos de prescripcion contados desde la fecha de la verdadera muerte».

El fundamento de este precepto es claro. Por una parte, esas demas personas a quienes la lei se refiere no son dueños directos de los bienes ni se hallan en las mismas condiciones del desaparecido, i por otra puede decirse que invisten una calidad jurídica análoga a la de los poseedores definitivos. Los unos i los otros son herederos presuntivos, que derivan sus derechos de una misma fuente.

De ahí que tales asignatarios, cuando intenten hacerlos valer, necesitarán entablar contra los poseedores la accion que concede el artículo 1264 al que probase su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero, acción que espira en treinta años, contados desde la fecha de la verdadera muerte.

Este punto de partida para contar el plazo de la prescripcion, beneficiará algunas veces i otras veces perjudicará a los indicados lejitimarios i cónyuges. «La muerte del desaparecido, dice un distinguido espositor, puede haber ocurrido ántes de la fecha del decreto de posesion definitiva o puede haber ocurrido despues: en el primer caso los poseedores de los bienes podrán invocar el tiempo trascurrido durante la posesion provisoria, a pesar de que dicha posesion no los autoriza para prescribir; en el segundo caso, cualquiera que sea el tiempo trascurrido durante la posesion definitiva con anterioridad a la fecha de la verdadera muerte, no sirve a los poseedores para los efectos de la prescripcion». (a)

---

(a) Claro Solar.—T. I. N.º 4 .

Corresponde, pues, probar la verdadera muerte del desaparecido, al que reclame la rescision a título de heredero.

Esta prueba se rinde en conformidad a los artículos 305 i 309 del Código Civil i al artículo 20 de la lei de 17 de Julio de 1884, o sea presentando el certificado de defuncion otorgado por el competente oficial del Registro Civil i a faltar éste, por declaraciones de testigos que hayan presenciado el fallecimiento.

126. «Este beneficio aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren», dice el número tercero del artículo 94.

De suerte que aunque existan varios lejitimarios con derecho a solicitar la rescision, o mejor dicho, resolucion de la sentencia que concedió la posesion definitiva, el fallo que se pronuncie no aprovechará sino a los que hubiesen intervenido como partes en el respectivo juicio. Este es un principio jeneral consagrado en el artículo 3.º del Código, que dice que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren; pero la lei, acaso para evitar dificultades, ha querido reproducirlo en la forma espresa i terminante que indica el presente inciso.

Prescríbese tambien que la resolucion debe ser declarada por sentencia judicial. Luego no puede someterse al fallo de árbitros, aunque todos los interesados lo acuerden; ni puede procederse a la restitution de los bienes por mutuo convenio de los poseedores definitivos, de los lejitimarios i del cónyuje. Necesariamente debe haber sentencia judicial que declare la resolucion del



decreto de posesion definitiva i ordene la devolucion. (a)

127. Dice el número 4.º «en virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas i demas derechos reales constituidos legalmente en ellos.»

Este precepto es una consecuencia necesaria del carácter condicional que el legislador juzgó prudente imprimir a la posesion definitiva. En tal estado del desaparecimiento, los poseedores son de hecho dueños de los bienes; los pueden vender, hipotecar, permutar, donar i consumir sin ninguna traba ni condicion. Ejercen arbitrariamente el dominio, pudiendo usarlos i aun descuidarlos. «Aunque hayan sido deteriorados por hecho i culpa del poseedor en definitiva, aunque, por ejemplo, haya demolido un edificio, dice García Goyena». (b)

Ahora bien, si tales son sus facultades, es perfectamente lógico que si se llega a producir el improbable caso de la restitucion, el desaparecido i sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento i su cónyuje por matrimonio contraido en la misma época, reciban los bienes en el estado en que se hallen, sin tener absolutamente derecho a reclamos de ninguna naturaleza.

Es cierto que los poseedores pueden aumentar su patrimonio con valores que en derecho estricto no les

---

(a) «Como que la posesion de los bienes es dada a los herederos presuntivos por decreto i con las cauciones necesarias, solo pueden ellos entregarlos por mandato judicial i previa cancelacion de sus fianzas. Fuera de que, para la entrega de los bienes, es necesario que conste la identidad de la persona del reaparecido si él mismo se presenta, o la autenticidad de su existencia si se presenta por apoderado, cuyos hechos deben acreditarse en juicio». — Chacon.—T. I. Pág. 84.

(b) T. I. Pág. 304.

pertenece; pero no son ellos culpables de que el desaparecido, prolongando su ausencia mas allá de los límites de la posesion provisional, haya dado origen a una situacion jurídica que justifican plenamente poderosas consideraciones de interes público.

En consecuencia, ni el desaparecido ni las demas personas en cuyo beneficio se haya resuelto el decreto de posesion definitiva, tendrán accion reivindicatoria contra terceros. Prescribe la lei que subsistirán las enajenaciones, las hipotecas i los demas derechos reales constituidos legalmente en los bienes.

En el proyecto de 1853 se establecian las siguientes disposiciones:

«4.º Serán obligados a la restitucion los poseedores de bienes raíces, a cualquier título que lo sean.

«5.º No serán obligados a la restitucion de los bienes muebles, sino las personas que inmediatamente hubieren sucedido en ellos al desaparecido, ni se estenderá la restitucion sino a las especies existentes en el estado en que se hallaren.

«6.º No se estenderá la restitucion a los frutos.»

La Comision Revisora no aceptó esas prescripciones i las modificó, suprimiendo la distincion que se hacia entre los bienes muebles i los raices i reemplazando la accion reivindicatoria por el derecho de cobrar el precio de los bienes que se hubieren enajenado.

A este efecto sustituyó los incisos 4.º i 5.º por el siguiente: «En virtud de este beneficio, se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, o el precio de los que se hayan enajenado a cualquier título, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas, i demas derechos reales constituidos legalmente en ellos.»

Como dejara subsistente el número en que se hablaba

de los frutos, el señor Ocampo, miembro de la Comision Revisora, observó que ese inciso era innecesario, porque los poseedores provisorios hacian suyos los frutos i, por consiguiente, no estaban obligados a restituirlos sino en el caso de probárseles mala fé. A esto dió el señor Bello la siguiente contestacion: «Yo habia propuesto a la Comision, i ésta aceptado, no solo la supresion del número 5.º sino la restitution del precio de los enajenados en el 4.º» En la última lectura, ántes de presentar el proyecto al Congreso Nacional, se hicieron las supresiones indicadas por el señor Bello y así vino a quedar la lei en la forma que indica el Código.

De esta esposicion de antecedentes, se desprende que no pesa sobre los poseedores definitivos otra obligacion que la de entregar los bienes que actualmente existieren; i que hacen suyos todos los valores provenientes de ellos i que a cualquier título hubieren percibido. Rechazando la disposicion que exijia a los poseedores la devolucion del precio de los bienes que enajenasen, el lejislador manifestó de manera palpable que era su voluntad no imponerles la susodicha obligacion.

Por lo tanto, si tales poseedores compran un fundo con el producto de los bienes del desaparecido que hubiesen vendido, ese fundo les pertenecerá de pleno derecho. Lo han pagado con valores que hicieron suyos por el mero hecho de incorporarlos a su patrimonio. Solo si apareciera de los documentos mismos que la compra se hacia con dinero del desaparecido, podría éste tener el derecho de reclamarlo para sí.

128. El número 5.º dice que «para toda institucion serán considerados los demandados como poseedores de buena fé, a ménos de prueba contraria».

Esta regla constituye una presuncion legal en favor de

los poseedores definitivos, i, por consiguiente, miéntras no se destruya judicialmente, estarán amparados por ella.

La prueba corresponderá en tal caso a los demandantes. «Naturalmente pertenece la prueba al demandador, porque regla cierta de derecho es, que la parte que niega alguna cosa en juicio, non es tenuto de la probar», dicen las leyes 1.<sup>a</sup> i 2.<sup>a</sup>, título XIV de la Partida Tercera.

129. El número 6.<sup>o</sup> del artículo 94 consigna otra presuncion: «el haber sabido i ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia constituye mala fé».

Esta presuncion, probado el hecho previsto en la lei, no admite prueba en contrario. Los poseedores que tuviesen conocimiento de la existencia o de la muerte del desaparecido, deben gestionar inmediatamente la designacion de un curador de bienes o entregarlos a quienes por derechos correspondan. No haciéndolos se hacen reos de mala fé i se echan sobre sí todas las responsabilidades prescritas en el párrafo 4.<sup>o</sup> del título XII del libro II del Código Civil (a).

130. Hemos visto que el número 5.<sup>o</sup> del artículo que comentamos, prescribe que para toda restitucion se considere a los demandados como poseedores de buena fé.

Esta restitucion se refiere a los bienes existentes i a los frutos que estos produzcan despues del fallo que declaró la rescision de la sentencia de posesion efectiva. Los bienes anteriormente enajenados no forman parte del patrimonio del desaparecido, i los frutos devengados

---

(a) «La palabra *ocultado* no debe tomarse en otro sentido que en la de *no declarado*: no es necesario haber contribuido positivamente a la ocultacion del hecho». A. de L. i C. P., Pág. 225.

ántes de la rescision, pertenecen libremente a los poseedores.

Veamos, pues, las reglas que se deberán aplicar una vez que llegue el caso de restituir los bienes existentes.

El fundamento de las prestaciones mutuas, es la buena o mala fe de los poseedores. A quella es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios léjítimos, exentos de fraude i de todo otro vicio.

Por consiguiente, es natural que el poseedor de buena fe, no sea obligado a responder por frutos que reputa suyos ni por deterioros de una cosa que cree propia.

Pero una vez que tuvo conocimiento de que la cosa era ajena, se coloca en la condicion del que de mala fe la retiene. Entónces es conforme a la equidad que responda por toda clase de frutos i deterioros de los bienes reivindicados.

Consagrando esta doctrina, el Código ha dispuesto que el poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa; i que el de buena fe, miéntras permanece en ella, sólo es responsable de estos deterioros en cuanto se hubiere aprovechado de ellos (art. 906).

En cuanto a los frutos, dice que el poseedor de mala fé, es obligado a restituir los naturales i civiles, i no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana intelijencia i actividad, teniendo la cosa en su poder; i que el poseedor de buena fe, no es obligado a la restitucion de los frutos percibidos ántes de la contestacion de la demanda (art. 907).

En cuanto a las espensas i mejoras hechas en los bienes, establece que se deben a unos i a otros poseedores las que hubieren sido realmente necesarias (art. 908); que no se deben ni a uno ni a otros las que sean sim-

plemente voluptuarias (art. 911); que se deben las últimas hechas ántes de la demanda al poseedor de buena fe i no se deben en ningun caso las que el poseedor de mala fe hubiere ejecutado (arts. 909 i 910). La lei entiende por mejoras necesarias las que consistieren en obras permanentes, como las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto; llama mejoras útiles las que hayan aumentado el valor venal de la cosa; i llama voluptuarias las que sólo consisten en objetos de lujo i recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales.

La buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepcion, i relativamente a las espensas i mejoras, al tiempo en que fueron hechas (art. 913).

Tales son las reglas jenerales en conformidad a las cuales se liquidarán las mutuas prestaciones que se deben los poseedores definitivos i el desaparecido que reapareciese o los lejitimarios o el cónyuje que lo representan.

131. La lejislación extranjera ha resuelto en diversos sentidos las cuestiones que contempla este artículo. Vamos a citar algunos casos.

Segun el Código Argentino, el ausente i sus lejitimarios recuperarán los bienes en el estado en que se encuentren, o los que con el valor de ellos se hubiesen comprado; pero no podrán exigir el valor de los consumidos, ni las rentas o intereses percibidos por los poseedores definitivos. Lo mismo se hará si se presentan herederos instituidos en un testamento, del que no se tenia conocimiento i probasen la efectiva muerte del testador (arts. 124 i 125).

Segun el Código Uruguayo, el ausente recobrará sus bienes en el estado en que se hallen i el precio de los

que se hubiesen enajenado o las cosas adquiridas con ese precio. Los descendientes lejitimos del ausente tendrán los mismos derechos durante los quince años siguientes a la posesion definitiva. Ni estos ni aquel podrán reclamar frutos ni rentas. Miétras no se deduzcan acciones en nombre del ausente, los poseedores de la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fé (arts. 71, 72, 77).

Segun el Código Brasilerio, el ausente, sus descendientes o sus ascendientes, si regresasen en los diez años siguientes a la apertura de la sucesion definitiva, únicamente obtendrán los bienes existentes en el estado en que se hallen, los subrogados en su lugar, o el precio que los herederos o demas interesados hubiesen recibido por los enajenados despues de aquella época (artículo 483).

Segun el Código Venezolano, el ausente recobra los bienes en el estado en que se encuentren i tienen derecho a reclamar el precio de los que han sido enajenados, si aun se debe, o los bienes provenientes del empleo de este precio. Los descendientes del ausente pueden igualmente, dentro de los treinta años, contados desde la posesion definitiva, hacer valer los derechos que les pertenezcan sobre los bienes; i en caso de conocerse exactamente la época de la muerte del ausente, sus herederos o legatarios pueden intentar las acciones que les competan i no hubieren prescrito (arts. 48, 49, 50).

El Código Peruano confiere la herencia a los herederos legales o testamentarios, en cualquier tiempo que acrediten su derecho i autoriza al desaparecido para recuperar en la misma forma sus bienes (arts. 78 i 80).

Segun el Código Frances, el ausente recuperará sus

bienes en el estado en que se hallen, el precio de los que se hubiesen enajenado o los bienes provenientes de la inversion de dicho precio. Tienen el mismo derecho los descendientes del ausente, si lo ejercieren dentro de treinta años, contados desde la posesion definitiva (arts. 132 i 133).

El Código Italiano consigna en los artículos 39, 40 i 41, disposiciones exactamente iguales a las del Código de Venezuela, que hemos resumido anteriormente. Según el artículo 45, los poseedores de la herencia no estarán obligados a restituir los frutos percibidos de buena fe.

El Código Español dice que si el ausente se presenta o se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, i el precio de los enajenados o los adquiridos con él, pero no los frutos ni las rentas; i que los que hayan entrado en la herencia, harán suyos los frutos percibidos de buena fé.

El Código Aleman prescribe que si el declarado muerto reaparece, podrá exigir la restitucion de su patrimonio; que mientras viva no se verificará la prescripcion de su derecho, hasta trascurrido un año, desde el momento en que haya ocurrido su declaracion de muerte; i que lo mismo sucederá cuando se haya admitido falsamente la muerte de una persona, i no exista la declaracion del fallecimiento.

