



LA MUERTE PRESUNTA

POR

CARLOS VERGARA BRAVO

(Profesor de Estado en la Asignatura de Historia)

Art. 82.

El juez concederá la posesion definitiva, en lugar de la provisoria, si, cumplidos los dichos diez años, se probare que han trascurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo concederla, trascurridos que sean treinta años desde la fecha de las últimas noticias; cualquiera que fuese, a la espiración de los dichos treinta años, la edad del desaparecido si viviese.

REFERENCIAS

Posesion definitiva, 90-91-52, N.º 4 del Regl. del R. Cons. de B. R.

Provisoria.—84.

Los dichos diez años. 81, 6.º—48.

Probare. 1698.

CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 79. El juez concederá la posesion definitiva, en lugar de la provisional, si, cumplidos los diez años, se probare que han trascurrido ochenta desde el nacimiento del ausente. Podrá, asimismo, concederla, transcurridos que sean treinta años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la espiracion de dichos treinta años, la edad del ausente si *viviere*.

C. Col.—Art. 98. El juez concederá la posesión definitiva en lugar de la provisoria, si cumplidos *dos años* desde el dia presuntivo de la muerte, se probare que han trascurrido *setenta* desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo concederla transcurridos que sean *quin-ce* años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la espiracion de este término, la edad del desaparecido, si *viviese*.

C. Arg.—Art. 122. Pasados quince años desde la desaparicion del ausente, o desde que se tuvo noticia cierta de su existencia, u ochenta desde su nacimiento, el juez a instancia de parte interesada podrá dar la posesion definitiva de los bienes del ausente a los herederos instituidos, si hubiese testamento, i no habiéndolo a los herederos presuntivos el dia del presunto fallecimiento del ausente, a los legatarios i a todos los que tengan derechos subordinados a la condicion de su muerte.

C. Ur.—Art. 68. Si la ausencia ha continuado por quince años, contados desde que se hizo la declaracion, en los casos de los artículos 55 y 56, o por diez años en el caso del artículo 57, o si han pasado ochenta años contados desde el nacimiento del ausente, quedarán sin efecto las fianzas; los interesados podrán solicitar la par-

ticion de los bienes i pedir que la posesion interina se declare definitiva.

Al efecto deben dirigirse al mismo Juzgado que declaró la ausencia i les otorgó la mision en posesion.

El juez, en la forma del artículo 58, declarará si la ausencia ha continuado sin interrupcion, o no; i, segun el resultado, dará la posesion definitiva, si hubiese lugar.

No podrá impedir los efectos definitivos de esa declaracion el cónyuje que administra, por haber usado el derecho que le acuerda el artículo 62.

C. Bra.—Art. 481. Treinta años despues de producir cosa juzgada la sentencia que concedió la apertura de la sucesion provisional, los interesados podrán pedir la definitiva i el alzamiento de las cauciones.

Art. 482. Tambien se puede pedir la sucesion definitiva probándose que el ausente tenia ochenta años de edad y que han trascurrido cinco desde las últimas noticias.

C. Ven.—Art. 46. Si la ausencia ha continuado por el espacio de treinta años despues que se ha decretado la posesion provisional, o si han trascurrido cien años despues del nacimiento del ausente, i, en este último caso han pasado cuatro años despues de las últimas noticias que se tengan de él, el Tribunal, a peticion de los interesados, acordará la posesion definitiva, la cancelacion de las fianzas i la cesacion de las demas garantías que hayan sido impuestas.

Esta determinacion se publicará por la imprenta.

C. Fran.—Art. 129. Si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesion provisional, o desde la época en que el cónyuje casado segun el régimen de la comunidad entró en la administracion de los bienes del ausente, o si han trascurrido cien años desde el nacimiento del ausente; estínguense las fianzas; todos los suce-

sores podrán pedir la particion de los bienes del ausente, i exijir se conceda la posesion definitiva por el tribunal de primera instancia.

C. Esp.—Art. 191. Pasados treinta años desde que desapareció el ausente o se recibieron las últimas noticias de él, o noventa desde su nacimiento, el Juez, a instancia de parte interesada, declarará la presuncion de muerte.

COMENTARIO

SUMARIO.—52. Reglas que consigna el artículo.—53. Fundamento de dichas reglas.—54. Disposiciones análogas de algunos códigos extranjeros.

52. Este artículo designa dos nuevos casos en los cuales debe concederse la posesion definitiva. Estos son:

1.º Si cumplidos diez años desde la fecha de las últimas noticias, se probare que han trascurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido;

2.º Si han pasado treinta años desde la fecha de las últimas noticias.

53. Fúndanse estas disposiciones en que la presuncion de la muerte adquiere en tales circunstancias el máximo de fuerza i debe naturalmente prevalecer sobre la presuncion de la vida.

Siendo ochenta años la mayor longevidad a que el hombre llega por lo regular, es conforme a la naturaleza presumir el fallecimiento de quien, teniendo esa edad, deja trascurrir diez años en completa incomunicacion con su familia.

Lo mismo sucede respecto del individuo cuya ausencia ha pasado de treinta años. No se concibe este aislamiento en una persona viva, salvo que haya resuelto romper definitivamente i en absoluto todo lazo de union con su

antigua patria. Además, ese es el plazo después del cual prescriben todos los derechos i se extinguen todas las obligaciones en el sistema jeneral de nuestra legislación civil.

Son evidentes, por otra parte, los inconvenientes de mantener en tales casos la posesión provisoria de los bienes. El interés público exige que se devuelvan a la circulación comercial, despojándolos de la incertidumbre de las posesiones provisionales. Las relaciones domésticas del desaparecido pueden haber experimentado completas transformaciones por matrimonios, muertes i otros acontecimientos. Cada una de estas razones, separadamente, sería suficiente causal para adoptar medidas definitivas, tanto respecto de los bienes dejados en abandono como respecto de los derechos eventuales de los presentes.

Fundando estos preceptos, dice el señor Bello en la nota ilustrativa del artículo 85 del Proyecto de 1853: «Las reglas de los artículos 84 i 85 son del Código Austriaco, 24, i se fundan en dos premisas jenerales. La primera es que «una persona de quien no se ha tenido noticia por más de diez años, i que tendría más de ochenta si viviese, debe presumirse muerta». La segunda es que «una persona de quien no se ha tenido noticia por más de treinta años, debe también presumirse fallecida». Apenas habrá casos en que no haya intereses contradictorios, fundados, ya en la existencia, ya en la muerte del desaparecido, i por consiguiente, personas que se empeñaran en averiguar la una o la otra por los medios posibles. Admitimos, con todo, la posibilidad de que falle a veces la una o la otra de las dos premisas indicadas: pero estos casos excepcionales serán rarísimos, i se ha provisto a ellos. Las posesiones provisionales embarazan la mejora de los bienes i su circulación comercial, i no de-

ben durar mas tiempo que el necesario para proteger racionalmente los derechos privados que pueden hallarse en oposicion con los intereses jenerales de la sociedad. Por otra parte, la facilidad i rapidez de las comunicaciones entre paises distantes, se han aumentado inmensamente en nuestros dias, i ha crecido en la misma proporcion la probabilidad de que una persona de quien por mucho tiempo no se ha tenido noticia en el centro de sus relaciones de familia i de sus intereses, ha dejado de existir, o por lo ménos ha querido abandonar los derechos que la ligaban a su patria o domicilio anterior. En fuerza de estas consideraciones, se ha disminuido notablemente en este Proyecto la duracion que se da en algunos códigos a las posesiones provisorias».

En cuanto a los efectos que produce la posesion definitiva, nos referimos al comentario de los artículos 90 i 91.

54. Otra vez el estudio de la lejislacion extranjera nos lleva a recordar lo que hemos dicho sobre los plazos. Estos son en ella considerablemente mas breves. El Código argentino concede la posesion definitiva pasados quince años desde la desaparicion del ausente u ochenta desde su nacimiento.

Lo mismo establece el Código uruguayo. El de Colombia la concede despues de quince años desde la fecha de las últimas noticias i despues de dos años del dia presuntivo de la muerte, si hubiesen trascurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido. El aleman, no reconoce las posesiones provisionales; i declara la muerte del desaparecido cuando transcurran diez años sin tenerse noticias de su vida o cinco años si tuviese setenta de edad.

El suizo, que da a la declaracion de ausencia los efectos de la muerte verdadera, dice que podrá pedirse esta

declaracion por lo ménos un año despues del peligro de muerte, o cinco despues de las últimas noticias. El brasilero la concede a los treinta años despues de la sentencia que decretó la apertura de la sucesion, i a los cinco años despues de las últimas noticias, si se probase que el ausente contaba ochenta de edad.

Tales antecedentes son bastantes a nuestro parecer para justificar la reforma de este artículo, en el sentido de disminuir los plazos que prescribe.

Art. 83

Durante los diez o cuatro años prescritos en el artículo 81, núm. 6 i 7, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, i cuidarán de los intereses del desaparecido sus apoderados o sus representantes legales.

REFERENCIAS

Mera ausencia.—473-487-490-491, inc. 1.º

Apoderados.—2116.

Representantes legales.—43.

CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 80. Durante los diez o cuatro años prescritos en el artículo 78, números 6 i 7, se mirará la desaparicion como mera ausencia, i cuidarán de los intereses del ausente sus apoderados o sus representantes legales.

C. Col.—Art. 96. Cuando una persona desaparezca del

lugar de su domicilio, ignorándose su paradero, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, i la representarán i cuidarán de sus intereses, sus apoderados o representantes legales.

C. Ur.—Art. 52. Si hai necesidad real de proveer a la administracion de todos o parte de los bienes dejados por un ausente presunto, que no tiene apoderado bastante, se proveerá por el Juez del lugar en que se hallen situados los bienes, a solicitud de los interesados, o del Ministerio público.

Solo se llaman interesados, a los efectos de este artículo, a los que tienen interes existente i actual en provocar las medidas que solicitan, como los acreedores, socios, comuneros i coherederos.

Art. 53. El Juzgado a solicitud de cualquiera de los interesados, nombrará persona hábil para representar a los ausentes en los inventarios, particiones i liquidaciones en que tengan interes.

En el caso de este artículo o del anterior, el cónyuje ausente será representado por el que esté presente.

C. Bra.—Ar. 463. Cuando una persona hubiere desaparecido de su domicilio, i no se tuvieren noticias de ella, el juez, a petition de cualquier interesado o del Ministerio Público, le nombrará curador, si no hubiere constituido representante o procurador, para la administracion de sus bienes.

Art. 464. Tambien se nombrará curador, cuando el ausente dejare mandatario, que no quiera, o no pueda ejercer o continuar ejerciendo el mandato.

Art. 465. El juez que nombre al curador, fijará los poderes i obligaciones de éste, segun las circunstancias, observando, en lo que fuere aplicable, lo dispuesto respecto de los tutores i curadores.

Art. 466. El cónyuje del ausente, siempre que no esté separado judicialmente, será su lejítimo curador.

Art. 467. A falta de cónyuje, la curaduría de bienes del ausente corresponde primero al padre i despues a la madre i a los descendientes, no habiendo impedimento que los inhiba de ejercer el cargo.

Párrafo único.-- Entre los descendientes, los mas próximos se prefieren a los mas remotos, i, entre los del mismo grado, los varones a las mujeres.

C. Ven. Art. 28. Cuando sea demandada una persona ausente del país, cuya existencia no esté en duda, se le nombrará defensor, si no tuviere quien legalmente la represente.

Lo mismo se hará cuando haya de practicarse alguna dilijencia para la cual sea imprescindible la citacion o notificacion del ausente.

Art. 30. Comprobada la presuncion de ausencia a instancia de quien tenga interes actual o de heredero presunto, si no hubiere apoderado del desaparecido, nombrará el Tribunal respectivo, en el cual esté radicado, o deba radicarse algun asunto del desaparecido, quien le represente en cuanto sea necesario a la defensa de su persona i derechos.

El Tribunal del último domicilio o de la última residencia dictará, a solicitud de las mismas personas si fuere necesario, las demas medidas jenerales o especiales conducentes a la defensa de los derechos del desaparecido i conservacion i administracion de sus bienes, pudiendo imponer al nombrado las restricciones i obligaciones que juzgue convenientes.

Art. 32. Si hai representante que ejerza la representacion, el Tribunal proveerá únicamente a los actos para los cuales el representante no tenga facultad.

Art. 33. Para la representacion del ausente, será nombrado con preferencia su representante con facultades administrativas, si lo hai.

En los demas casos, será preferido el cónyuje no divorciado.

La representacion del marido no caduca por la presuncion de ausencia de la mujer.

Tampoco caduca por la presuncion de ausencia del marido la representacion conferida especialmente a la mujer.

C. Fran.—Art. 121. Si el ausente hubiere constituido mandatario, sus herederos presuntivos no podrán solicitar la declaracion de ausencia ni la posesion provisional, sino trascurridos diez años, contados desde su desaparecimiento o desde las últimas noticias.

Art. 122. Lo mismo será si termina el mandato. En este caso se proveerá a la administracion de los bienes del ausente segun lo prescrito en el capítulo primero de este título.

A. Al.—Art. 19. Miéntras la declaracion de muerte no se haya prounciado, se presumirá que ha sobrevivido el ausente hasta el momento en que, segun el párrafo 2.º del art. 18, debía admitirse como momento de la muerte, a falta de otros resultados de las investigaciones. Es aplicable por analogía lo dispuesto en el párrafo 3.º del art. 18.

COMENTARIO

SUMARIO.—55. Reglas que establece el artículo.—56. Este reglamenta el período en que se mira el desaparecimiento como mera ausencia.—57. La administracion de los bienes corresponde a los mandatarios i a los representantes legales.—58. Inutilidad de este periodo.

55. Este artículo establece las dos reglas siguientes:

1.^a Que durante los diez o cuatro años prescritos en el artículo 81, números 6 i 7, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia; i

2.^a Que durante ese tiempo cuidarán de los intereses del desaparecido sus apoderados o sus representantes legales.

56. Hemos espuesto en los preliminares que nuestro Código, imitando al de Napoleon, considera en el desaparecimiento tres períodos principales, a saber: el de mera ausencia, el de posesion provisoria i el de posesion definitiva.

Tambien manifestamos entónces los respectivos caracteres jurídicos de estos diversos períodos. Durante el primero, que es el que reglamenta el presente artículo, el lejislador no tiene otro propósito que resguardar los intereses del desaparecido. Las medidas que adopta son puramente de conservacion. El desaparecimiento se mira como mera ausencia.

Por lo tanto, la sentencia que declaró la presuncion de muerte, no produce ningun resultado inmediato sobre los bienes. Es un fallo que se dicta con entera independencia de ellos i que permanece suspendido durante todo ese período.

Su duracion la señala la lei. Dice que comprenderá los diez o cuatro años prescritos en los números 6 i 7 del artículo 81, es decir, todo el tiempo que media entre las fechas de las últimas noticias i el decreto que da la posesion de los bienes, provisional o definitivamente, segun los casos.

57. **Agrega el artículo** que en esta época cuidarán de los intereses del desaparecido sus mandatarios o sus representantes legales.

Este nuevo precepto es consecuencia del anterior. Si solo se trata de un caso de mera ausencia, es natural que el lejislador se abstenga de tomar resoluciones que puedan variar el réjimen que el ausente dejó establecido para el manejo de sus intereses. Sustraer los bienes de manos de los administradores que él mismo designó, seria atentar a sus derechos.

Esta es la doctrina jeneral del Código. El artículo 473 al cual se refiere implícitamente el que comentamos, dice: «Habrà lugar al nombramiento de curador de los bienes de una persona ausente, cuando se reúnan las circunstancias siguientes:

1.^a Que no se sepa de su paradero, o que a lo ménos haya dejado de estar en comunicacion con los suyos, i de la falta de comunicacion se oriñen perjuicios graves al mismo ausente o a terceros;

2.^a Que no haya constituido procurador, o solo le haya constituido para cosas o negocios especiales».

De manera que si existe mandatario, seguirá éste a cargo de los bienes, sin que esto constituya propiamente una escepcion a las reglas jenerales del mandato.

Es cierto que el artículo 2163 prescribe la terminacion de este contrato por la muerte del mandante; pero en el caso actual no se trata en realidad de la representacion

de una persona muerta, sino de una persona ausente, estado jurídico dentro del cual cabe perfectamente la institucion de lejítimo mandatario.

Ahora, si el desaparecido no ha dejado apoderado constituido, o es insuficiente el mandato, o llega éste a caducar por causa legal, se producirá el caso de un ausente que carece de representante i a cuyos bienes se le deberá nombrar curador, en conformidad a las prescripciones del título XXVII del Libro I del Código.

Tampoco quiere la lei que sufra modificaciones el régimen de la familia durante este período i llama a la administracion de los intereses del desaparecido a los que fueren sus representantes legales.

Estos son, segun el artículo 43, el padre o marido bajo cuya potestad se vive i el tutor o curador. En consecuencia, si el desaparecido es un hijo de familia, continuará su padre a cargo de los bienes; si es un menor sujeto a tutela o curatela, seguirán administrándolos los respectivos guardadores; i si es una mujer casada, el marido continuará en la administracion que venia ejerciendo como jefe de la sociedad conyugal.

58. Como se ve, en este artículo el lejislador se arrepiente de lo que habia prescrito anteriormente i declara suspendidos los efectos de la declaracion de muerte presunta, durante un período mas o ménos largo.

La causa de esta disposicion no se comprende. El sistema era claro i simple. El individuo que desaparecia de su domicilio i cuya existencia se ignoraba, previas ciertas solemnidades, debia ser declarado muerto. La mayoría de los Códigos, posteriores al nuestro, encontraron que la doctrina era conveniente i justa i la aceptaron hasta en sus consecuencias últimas. Pero los que en cierto sentido habian sido sus iniciadores, se detuvieron a

medio camino, i acordaron prolongar la administracion de los mandatarios, postergando a los herederos.

Fué un exceso de prudencia o quizás de respeto al Código Frances, que les venia sirviendo de principal modelo, la causa determinante de la retractacion que significa este artículo i que vino a dificultar i embarazar, sin ventaja efectiva para nadie, el sistema ya adoptado. Por fortuna salta a la vista la conveniencia de suprimirlo.

Artículo 84

En virtud del decreto de posesion provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido; se procederá a la apertura i publicacion del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno; i se dará la posesion provisoria a los herederos presuntivos.

No presentándose herederos, se procederá en conformidad a lo prevenido para igual caso en el Libro III, título De la apertura de la sucesion.

REFERENCIAS

- Decreto posesion provisoria—81, 6.º
Disuelta la sociedad conyugal—1718—1764.
Apertura—1025—955—1009—1046 Cód. de Pr. Civ.
Publicacion—1020—1045—Cód. de Pr. Civ.
Testamento—999.
Se dará—491.
Herederos—954
Prevenido para igual caso—1240

CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 81. En virtud del decreto de posesion provisional, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el ausente; se procederá a la apertura i publicacion del testamento, si el ausente hubiere dejado alguno; i se dará la posesion provisional a los herederos presuntivos.

No presentándose herederos, se procederá en conformidad o lo prevenido para igual caso en el libro 3.º título De la apertura de la sucesion.

C. Col.—Art. 99. En virtud del decreto de posesion provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido; se procederá a la apertura i publicacion del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno; i se dará la posesion provisoria a los herederos presuntivos.

No presentándose herederos, se procederá en conformidad a lo prevenido para igual caso en el Libro III, título De la apertura de la sucesion.

C. Arj.—Art. 116. V. C. del art. 81, núm. 6.º

Art. 118. V. C. del art. 81, núm. 6.º

Art. 123. Con la posesion definitiva queda concluída i podrá liquidarse la sociedad conyugal.

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

Los herederos testamentarios, con citacion de los herederos abintestato i, o a falta de testamento, los que fueren herederos abintestatos del ausente a la fecha de la desaparicion o de las últimas noticias, o del suceso de que

habla el art. 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.

Art. 62. El cónyuje presente, cuando no tenga la calidad de heredero, podrá oponerse a la mision en posesion interina, solicitada por los que tuvieren esa calidad, i conservar la administracion de los bienes del cónyuje ausente. (Artículos 58 i 1979).

Si prefiere la disolucion provisoria de la sociedad, podrá ejercer sus derechos legales i convencionales, con obligacion de afianzar, por lo que toca a las cosas sujetas a restitucion.

Art. 78. La presuncion que resulta de la ausencia, por larga que sea, no basta para disolver el matrimonio.

Sin embargo, solo el cónyuje ausente, por sí, o por apoderado que presente prueba acabada de su existencia, podrá atacar la validez del matrimonio contraido por el otro cónyuje.

Art. 79. Pasados seis meses despues de la desaparicion del padre ausente, sin haberse recibido noticias suyas, se proveerá de tutor a los hijos menores, cuando no exista la madre. (Artículos 152 i 301).

Existiendo ésta, ejercerá ella todos los derechos del marido en cuanto a la administracion de los bienes, i a la educacion de los hijos comunes.

Art. 80. Lo mismo sucederá en el caso de que cualquiera de los cónyujes se haya ausentado, dejando hijos menores de un matrimonio precedente.

C. Bra.—Art. 471. V. C. del art. 81, núm. 3.

Art. 483...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. 38. Ejecutoriada la sentencia que declara la ausencia de alguna persona, el Tribunal, a solicitud de cualquier interesado, ordenará la publicacion del testamento, si lo hubiere.

Los herederos testamentarios del ausente, contradictoriamente con los lejítimos, i a falta de herederos testamentarios, los que habrían sido herederos lejítimos, si el ausente hubiera muerto el día de las últimas noticias recibidas sobre su existencia, o los respectivos herederos de éstos, pueden pedir al Tribunal la posesion provisoria de los bienes.

Los legatarios i todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos que en sí o en su ejercicio dependan de la condicion de su muerte, pueden pedir, contradictoriamente con los herederos, que se les acuerde el ejercicio provisional de esos derechos.

Sin embargo, ni los herederos ni las otras personas indicadas serán puestos en posesion de los bienes ni podrán ejercer sus derechos eventuales sino dando caucion hipotecaria, prendaria o fideyusoria por una cantidad que fijará el Tribunal.

Cuando no pueda darse la caucion, el Tribunal podrá tomar cualesquiera otras precauciones que juzgue convenientes en interes del ausente, teniendo en consideracion la calidad de las personas, su grado de parentesco con el ausente i otras circunstancias.

Art. 40. La posesion provisional da a los que la obtienen i a sus sucesores la administracion de los bienes del ausente, el derecho de tomar cuentas, i el goce de la mitad de los frutos en los diez primeros años de la posesion, i de las tres cuartas partes de ellos en adelante.

Art. 42. Si durante la posesion provisional, alguno prueba que al tiempo de las últimas noticias tenia un derecho superior o igual al del poseedor actual, puede escluir a éste de la posesion, o hacerse asociar a él; pero no tiene derecho a frutos, sino desde el dia en que propuso la demanda.

C. Fran.—Art. 123. Obtenida por los herederos presuntivos la posesion provisional, el testamento, si lo hubiere, se abrirá a peticion de los interesados o del Ministerio Público; i los legatarios o donatarios, así como todos los que tengan en los bienes del ausente derechos subordinados a su muerte, podrán ejercerlos provisionalmente con la obligacion de dar fianza.

Art. 124. Si el cónyuje casado segun el régimen de comunidad exige que esta continúe, podrá impedir la posesion provisional i el ejercicio provisional de todos los derechos subordinados a la muerte del ausente, i tomar o conservar con preferencia la administracion de los bienes del ausente. Si el cónyuje pide la disolucion provisional de la sociedad, ejercerá todos sus derechos legales i convencionales, debiendo constituir fianza por las cosas susceptibles de restitution.

Si la mujer opta por la continuacion de la sociedad conyugal, conserva el derecho de renunciarla.

Art. 125. La posesion provisional no será sino un depósito, que confiere a los que la obtengan la administracion de los bienes i que los constituya responsables

para con el ausente en caso que reaparezca o que de él se reciban noticias.

Art. 120. V. C. del art. 81, N.º 6.

C. Al.—Art. 1420. Cuando se declare el fallecimiento del marido, terminará la administracion i el disfrute a partir del momento en que se repunte que ha tenido lugar la defuncion.

Art. 1679. Cuando se declare el fallecimiento del padre, terminará la patria potestad a partir del momento en que aquél se repunte muerto.

Si el padre viviese recobrará la patria potestad, declarando al Tribunal de tutelas su voluntad de recobrarla.

Art. 1544. Cuando se haya declarado el fallecimiento de uno de los cónyuges, terminará la sociedad de gananciales desde el momento en que se le repunte muerto.

COMENTARIO

SUMARIO. — 60. Reglas que prescribe el artículo.—61. La posesion provisional disuelve la sociedad conyugal.—62. La sociedad conyugal se liquida con relacion a la fecha de la muerte presunta.—63. Efectos de la muerte presunta sobre el matrimonio del desaparecido.—64. Efectos de la posesion provisional sobre la patria potestad.—65. Los frutos que produzcan los bienes del hijo con posterioridad a la muerte presunta, no corresponden a los poseedores provisionales.—66. La posesion provisional abre el testamento del desaparecido.—67. Abre tambien la sucesion de éste.—68. La administracion de los poseedores provisionales pone término a las administraciones anteriores.—69. La posesion provisional se concede solamente a los herederos.—70. Lo que se prescribe sobre esto en otros códigos.—71. Faltando herederos, se declara ya-cente la herencia.

60. El presente artículo indica los efectos que produce el decreto judicial que manda conceder la pose-

sion provisoria de los bienes del desaparecido. Estos son:

1.º Que queda disuelta la sociedad conyugal que hubiere con el desaparecido;

2.º Que se procede a la apertura i publicacion del testamento que existiere;

3.º Que se da la posesion provisoria de los bienes a los herederos presuntivos;

4.º Que se declara yacente la herencia, si no se presentan herederos que la acepten.

61. La primera de estas consecuencias no admite discusion. La lei dispone espresamente que la sociedad conyugal existente entre el consorte presente i el desaparecido se disolverá en virtud del decreto de posesion provisoria. Los términos empleados son tan categóricos, que no seria legal desentenderse del tenor literal de ellos, a pretesto de consultar su espíritu. Obstaría a tal interpretacion el artículo 19 del Código.

La citacion en contra de esta doctrina, del número 2.º del artículo 1764, que ha solido hacerse, nos parece contraproducente. Ese número nada prescribe por sí mismo. Se refiere por completo al título en que se trata de la presuncion de muerte. Por consiguiente, léjos de contrariar lo allí ordenado, implícitamente lo corrobora. He aquí su testo: «Art. 1764. La sociedad conyugal se disuelve: 2.ª Por la presuncion de muerte de uno de los cónyuges *segun lo prevenido en el título del principio i fin de las personas.*»

Ni podia ser de otra manera. Si miéntras no se concede la posesion de los bienes, la declaracion de muerte no produce sobre ellos ningun resultado, es natural suponer que tampoco sufrirá modificacion en esa épo-

ca el régimen de la familia. Es absurdo respetar la voluntad del desaparecido, manteniendo invariable la administración de sus mandatarios, i no respetarla conservando en igual forma sus relaciones domésticas.

Por lo tanto, no se puede sostener, fundándose en la lei, que la sociedad conyugal se disuelve, no en virtud del decreto de posesion provisoria, sino en virtud de la sentencia que declaró la muerte presunta del desaparecido. Esto seria interrumpir la lójica corroboracion de los preceptos del Código (a).

62. Conocida la fecha en que se disuelve la sociedad conyugal, es del caso averiguar la fecha en que se li-

(a) «A reflexionarse en el sistema de la sociedad conyugal, parece conforme a la equidad que ella continúe hasta que se conceda la posesion a los herederos presuntivos. Cuando el marido es quien desaparece, a la mujer le corresponde la administracion extraordinaria de la sociedad; administracion que subsiste mientras el desaparecimiento surta los efectos de la mera ausencia; i si la mujer hubiese procedido sobre el supuesto de que la sociedad conyugal se disolveria a la fecha de la muerte presunta, hubiera podido pedir la separacion de bienes conforme al artículo 1762.

«Cuando la mujer es la que desaparece, el marido continúa en la administracion ordinaria de la sociedad conyugal durante los ocho años que siguen a la fecha de la muerte presunta, i por lo mismo tampoco fuera equitativo retrotraer a esa fecha la disolucion de la sociedad conyugal».—Borja.—T. II, núm. 210.

«El segundo período comienza con el decreto de posesion provisoria. Veamos los efectos de este decreto. En primer lugar, decretada la posesion provisoria, queda disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere, con el desaparecido».—Chacon.—Páj. 80.

«Segun esto, una vez espedido el decreto de posesion provisoria se procede a practicar la liquidacion de la sociedad conyugal, disuelta por la presuncion de muerte del cónyuje desaparecido, segun lo espresá el artículo 1764, núm. 2.º

«Al decir la lei que quedará disuelta la sociedad conyugal en virtud del decreto de posesion provisoria, no ha podido ser su propósito que la sociedad conyugal subsista aun despues de la presuncion de muerte, sino que debe procederse a practicar la liquidacion».—Claro—T. I.—Núm. 459.

quida; pues tampoco los comentadores han logrado acordarse a este respecto.

Según el señor Barros Errázuriz, el primero de los efectos de la posesion provisoria es la disolucion de la sociedad conyugal i, en consecuencia, «la liquidacion de esta sociedad con relacion a la fecha del decreto de posesion provisoria» (b). Según el señor Claro Solar, «como el patrimonio en que se supone que suceden los herederos presuntivos es el que habria correspondido al desaparecido en la fecha de la muerte presunta, la liquidacion deberá hacerse con relacion a esa fecha» (a).

Para resolver esta cuestion nos parece indispensable no perder de vista que el principal propósito del legislador, al dar tan variados efectos al decreto de posesion provisoria, ha sido determinar con exactitud el patrimonio del desaparecido. Este es el punto capital. Los bienes que constituyen dicho patrimonio son los que se entregan a los poseedores provisionales.

Pero como la estension del período intermedio entre la sentencia que declara la muerte presunta i la que da la posesion de los bienes, podia hacer dudar acerca de la fecha en que se debia determinar el patrimonio, la lei, para evitarlo, fijó esa fecha, disponiendo que fuese la de la muerte presunta.

Por consiguiente, si los herederos van a recibir los bienes, derechos i acciones que el desaparecido poseia el dia de la muerte presunta, es evidente que con relacion a ella tendrán que liquidarse todos sus negocios, i que, adoptando otro tiempo cualquiera, se

(a) T. I.—Núm. 459.

(b) T. I.—Páj. 95.

correrá el riesgo de aumentar o de disminuir indebidamente el patrimonio.

63. Siguiendo el orden lógico de las ideas, debemos observar que la disolución de la sociedad conyugal no alcanza al vínculo matrimonial. El cónyuge presente, mientras el matrimonio no se disuelva, seguirá sujeto a todas las consecuencias de su estado de casado. I la mujer, si el marido es el desaparecido, necesitará suplir con la autorización judicial la que éste estuviere obligado a prestarle.

Los casos en que se disuelve el matrimonio los enumera la ley de 10 de Enero de 1884. Entre ellos se indica la muerte presunta de uno de los cónyuges, si cumplidos diez años desde las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido; o trascurrieren treinta años desde la fecha de las últimas noticias.

En el Proyecto de 1853 habia un artículo que decía: «Los decretos en que se declara la presunción de muerte o se concede la posesión definitiva, no habilitarán al cónyuge del desaparecido para pasar a otras nupcias».

Este precepto es análogo al del artículo 239 del Código de la República Argentina, que dice: «El fallecimiento presunto del cónyuge ausente o desaparecido, no habilita al otro esposo para contraer nuevo matrimonio. Mientras no se pruebe el fallecimiento del cónyuge ausente o desaparecido, el matrimonio no se reputa disuelto».

Semejante es también el primer inciso del artículo 78 del Código de la República Oriental del Uruguay, que prescribe: «La presunción que resulta de la au-

sencia, por larga que sea, no basta para disolver el matrimonio».

Pero en el inciso segundo del mismo artículo, ya el Código Uruguayo acepta otra doctrina. Establece que solo el cónyuge ausente, por sí, o por apoderado que presente prueba acabada de su existencia, podrá atacar la validez del matrimonio contraído por el otro cónyuge».

El Código Civil del Imperio Aleman, adopta como regla jeneral el principio de que, por la celebracion del nuevo matrimonio, queda disuelto el anterior. Fúndase esta teoría en que, si al cónyuge del declarado difunto se le permite la constitucion del nuevo vínculo, es necesario que tambien se le proteja contra el peligro, mui posible en caso de vivir aquél, de que se considere nulo dicho matrimonio o pueda impugnarse como tal. Se estima que el rigor de tal nulidad, para esposos e hijos seria, en jeneral, mucho mas duro que el resultante para el desaparecido por la disolucion del primer vínculo; i que, ademas, en la declaracion de muerte es ordinariamente tal la situacion, que justificanse los supuestos de un abandono intencionado, aunque no se les pueda probar; o, al ménos, recae culpabilidad sobre el desaparecido, por el hecho de no haber dado noticias suyas (a).

(a) Cód. Civ. Al.—«Art. 1348, Si despues de declarada la muerte de su cónyuge, contrajese un esposo nuevo matrimonio, no será éste nulo aunque el esposo declarado muerto esté vivo, a no ser que los nuevos esposos supieran al contraer matrimonio que vivía el cónyuge anterior despues de la declaracion de óbito.

Por la conclusion del nuevo matrimonio quedará disuelto el precedente, aunque la declaracion de fallecimiento se haya hecho a consecuencia de una accion de anulacion.

64. La posesion provisoria produce ademas algunos efectos que el artículo 84 no enumera. Por ejemplo, segun el artículo 266 del Código Civil, la emancipacion legal se efectúa:

«4.º Por el decreto que da la posesion de los bienes del padre desaparecido».

Sobre este punto, nos parece oportuno recordar que se ha discutido si la lei se ha referido a la posesion provisional o a la definitiva.

En realidad, esta duda carece de fundamento. El espíritu del artículo no puede ser mas claro. Si no establece distincion es porque a las dos ha querido referirse.

Ni podria comprender solo la posesion provisional, pues esto llevaria al absurdo de que no tiene lugar la emancipacion del hijo en aquellos casos en que se concede inmediatamente la definitiva (b).

65. Efectuada la emancipacion, se nombrará guardador a los menores i terminará el usufructo que el padre poseia. Sobre esto no hai discusion, pero se ha preguntado a quien pertenecerán los frutos que despues de la fecha de la muerte presunta han produci-

(b) «La posesion de que se trata parece ser la provisoria, porque ella disuelve la sociedad conyugal, i da lugar a la apertura i publicacion del testamento (art. 84). Duro es que el padre no pueda recobrar la patria potestad reapareciendo, porque toda emancipacion es irrevocable; pero el padre tomaria la tutela o curatela del hijo, en cuyo carácter sus derechos no difieren tanto de la patria potestad. El principal perjuicio seria la pérdida del usufructo legal, que como hemos visto, no lo tiene en todos los bienes, i podria darse caso en que quedase bien compensado i aun sacase ventaja con la décima de los guardadores, pues muchas veces como padre tiene la administracion sin provecho alguno.—J. C. Fábres.—T. IX.—Páj. 227.—Nota 37.

do los bienes del hijo. Pensamos que a este mismo no podrian corresponder a los poseedores provisionales, porque a ellos solo toca recibir los bienes que formaban el patrimonio del desaparecido en la fecha de la declaracion de la presuncion de muerte, i estamos ahora hablando de bienes producidos con posterioridad a esa fecha. «Esta es, dice el señor Claro Solar, la correcta intelijencia que debe darse al inciso 2.º del artículo 85, que relaciona el patrimonio del desaparecido en que se presume que suceden los herederos presuntivos, con la fecha de la muerte presunta» (a).

66. El segundo de los efectos que la lei atribuye al decreto de posesion provisoria, es la apertura i publicacion del testamento que hubiere dejado el desaparecido.

Tal disposicion era indispensable. Sin la apertura del testamento no se podria saber quiénes son los herederos a los cuales se debe dar la posesion de los bienes.

No sucedia lo mismo en el Proyecto de 1853. En él se atribuia este efecto solo a la posesion definitiva, lo que era lójico, puesto que solo se consideraba como herederos presuntivos a los lejítimos. Empero, el Código que tambien ha reconocido esta calidad a los testamentarios, necesita conocerlos, mandando abrir i publicar las disposiciones del testador.

67. Se ha discutido si el decreto de posesion provisional produce el efecto de abrir la sucesion del desaparecido.

El presente artículo no resuelve el caso. La solucion se halla en el inciso último del artículo 90, que dice: «Si no hubiere precedido posesion provisoria, por el decre-

(a) T. I.—N.º 459.

to de posesion definitiva se abrirá la sucesion del desaparecido segun las reglas jenerales».

A nuestro juicio esta disposicion indica que la sucesion se abre en dos casos: 1.º por la posesion provisorial, i 2.º por la posesion definitiva cuando aquélla no ha tenido lugar.

Se corrobora esta interpretacion con lo dispuesto en el artículo 955 que es el precepto jeneral que regla esta materia. Segun este artículo, la sucesion en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, salvo los casos espresamente esceptuados. Pues bien, la escepcion que aquí se indica, es la muerte presunta, que, como sabemos, sólo viene a producir sus naturales resultados en virtud del decreto que da la posesion de los bienes.

De suerte, pues, que estas disposiciones de los artículos 84 i 90, no crean el derecho de los herederos presuntivos. Unicamente señalan un punto de partida, o mejor dicho, abren la puerta a un derecho existente de antemano. Jurídicamente la declaracion de la muerte presunta de una persona envuelve la afirmacion de que se le debe tener como fallecida desde esa misma fecha, i que, en consecuencia, desde entónces nacen los derechos de los asignatarios, no obstante que para entrar a ejercerlos sea aun necesaria la ejecucion de posteriores requisitos (a).

(a) «Ciertamente que el artículo 84 incurre en la inesplicable anomalía de no espresar terminantemente que uno de los efectos de la posesion provisorial es abrir la sucesion en aquellos bienes. Pero el mismo artículo se refiere al título *De la apertura de la sucesion*; i, por otra parte, el artículo 90 no deja, sobre este punto, ni la mas leve duda: «Si no hubiere precedido posesion provisional, dice, por el decreto de posesion definitiva se abrirá la sucesion del desaparecido segun las reglas jenerales». Lo cual sig-

68. La tercera regla que encierra el artículo 84 dice que se dará la posesion provisional a los herederos presuntivos.

Este precepto es repetición del que se había establecido en el número 6.º del artículo 81 i da oríjen al segundo período del desaparecimiento.

Toman ahora la administracion de los bienes los presuntos herederos; i termina la de los mandatarios i de los representantes legales, existente hasta ese momento.

Nada mas justo. A medida que el tiempo avanza se van produciendo nuevos derechos i relaciones jurídicas a favor de determinadas personas i haciéndose mas indispensable la conveniencia de consolidarlas i declararlas. Ademas inspírase esta disposicion de tal modo

nifica que si la posesion provisional hubiere precedido a la definitiva, no se abre la sucesion, porque la posesion provisional surtió ya el efecto de abrirla». Borja. T. I. N.º 207.

«La posesion provisoria produce los efectos siguientes: 2.º se abre la sucesion del desaparecido i se procede a la apertura i publicacion del testamento, si existiere». C. Fábres. T. IX, Pág. 26. N.º 31.

«Es regla jeneral que la apertura de la sucesion coincida con la muerte de la persona (art. 955), i esta misma regla se sigue en caso de desaparecimiento, pues, decretada la posesion provisoria, se reputa retrospectivamente abierta la sucesion del desaparecido en la fecha de la muerte presunta, ya que, como lo dispone el artículo siguiente, esa fecha determina los individuos que hayan de heredarle segun el testamento o la lei, i el patrimonio en que se presume que hayan de sucederle». A. de L. i C. P., páj. 204.

«La posesion provisoria concedia a los herederos presuntivos únicamente el usufructo de los bienes, i para determinar quiénes eran tales herederos se debia abrir i publicar el testamento cerrado si lo dejara el desaparecido: la posesion definitiva produce la apertura de la sucesion misma, trasforma a los herederos presuntivos, de usufructuarios, en verdaderos propietarios, lo mismo que cualquier otro heredero».—Claro. T. I. N.º 471.

en el orden moral de la familia que sin esfuerzo se comprende su razon de ser. Nadie como los herederos presuntivos podrá desempeñar con mas interes la representacion del desaparecido i la administracion de sus bienes. No sólo los obliga una consideracion de afecto hacia él, sino tambien el lejítimo deseo de incrementar unos bienes cuyo absoluto dominio han de adquirir en caso de no rendirse prueba contra la presuncion que la lei establece.

69. Llama el Código a la posesion provisional de los bienes únicamente a los herederos presuntivos, entendiéndose por tales los testamentarios i lejítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta. Prescinde en absoluto de los legatarios, nudos propietarios, fideicomisarios i cualesquiera otras personas que tengan intereses subordinados a la muerte del desaparecido.

Esto es indiscutible. Lo establece el Código de la manera mas terminante i toda interpretacion en contrario carecerá de fundamento en la lei (a).

Ni siquiera es posible pretender, como se ha solido decir, que tales preceptos se deben a mero olvido de los lejisladores. La historia del artículo evidencia que estos lo establecieron deliberadamente.

En efecto, existian en el Proyecto de 1853, las disposiciones siguientes: «Art. 89. Se dará la posesion provisoria a los herederos presuntivos, i al cónyuje presente en razon de la cuarta conyugal que le corresponda». «Art. 91. Se entienden por herederos presunti-

(a) «Todos los que tengan derechos subordinados a la condicion de muerte del desaparecido participan en la posesion provisoria de sus bienes. Si no fuere así, se autorizaria un fraude manifesto de los intereses de los terceros, condenado por las leyes i la equidad». Armas. Páj. 119.

vos del desaparecido los que lo eran abintestato a la fecha de la muerte presunta». «Art. 101. Decretada la posesion definitiva, si el desaparecido hubiere dejado testamento, se abrirá; i los poseedores provisorios restituirán a los asignatarios testamentarios sus respectivas cuotas o legados, en cuanto por derecho corresponda».

Como se ve, dábase la posesion provisoria sólo a los herederos abintestato i al cónyuje. Los legatarios i las demas personas cuyos intereses estaban sujetos a la condicion de muerte del desaparecido, debian esperar que se decretase la posesion definitiva para poder hacer valer sus derechos.

La Comision Revisora modificó este sistema. Segun lo dispuesto en el Proyecto Inédito, en virtud del decreto de posesion provisoria se abria el testamento; se mandaba tener como herederos presuntivos a los testamentarios i a los lejitimos, perdiendo este carácter el cónyuje del desaparecido; i se disponia, en el artículo 92, que los propietarios i los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseidos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios i en jeneral todos los que tuvieren derechos subordinados a la condicion de muerte de aquél, podian hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte.

Esto era adoptar el extremo opuesto de la teoría establecida en el Proyecto anterior.

Empero este criterio no prevaleció definitivamente. En el Proyecto que se presentó a la aprobacion del Congreso Nacional se colocó el citado artículo 92, con el número 91, entre las prescripciones relativas a la posesion definitiva.

Con esta alteracion la filiacion de las ideas quedó en

la forma que presenta el Código: los artículos 86, 87, 88 i 89 se refieren a los derechos i deberes de los poseedores provisorios i el 90 i 91 a los derechos i deberes de los poseedores definitivos.

Despréndese, pues, de estos antecedentes, que si no se llama a la posesion provisional de los bienes a los legatarios, ni a los usufructuarios, ni a los fideicomisarios, es por espresa i deliberada resolucion de los lejisladores.

Con todo, se ha dicho que la actual redaccion del Código es apócrifa por cuanto es la obra particular de don Andres Bello que modificó el testo aprobado por el Congreso.

Esto no basta afirmararlo. Seria necesario demostrarlo de un modo irrefragable. Si el señor Bello hubiese variado la redaccion de la lei en forma capaz de alterar sustancialmente su sentido, tales modificaciones no se habrian incorporado en el Código, publicado a continuacion de la lei que lo aprobó. Porque es preciso recordar que el Presidente de la República, que presidió las sesiones de la Comision Revisora i debió autorizar la edicion correcta i esmerada que se mandaba conservar en las secretarías de las Cámaras i en el archivo del Ministerio de Justicia, como testo oficial al cual debian conformarse las ediciones posteriores que del Código se hicieren, no habria podido ni querido aceptar, por grande que fuese su respeto al autor del Proyecto, la adulteracion o variacion del pensamiento de los lejisladores, uno de los cuales era el mismo poder ejecutivo que representaba.

Si las espresadas modificaciones se consignaron en el testo auténtico de la lei i los poderes públicos lo consintieron, cabe razonablemente presumir que ellas no

fueron tan trascendentales como lo han querido hacer entender medio siglo mas tarde algunos comentadores, i que, aun estimándose graves, estuvo revestido quien las hizo de la suficiente autoridad legal para acallar las protestas que en caso contrario habrian surjido naturalmente.

Por lo demas, esta cuestion no pasa de tener ahora un lejano interes histórico. Dentro del terreno del derecho positivo, no cabe la mas leve duda. En el ejemplar auténtico del Código Civil i al cual deben conformarse las decisiones judiciales, se dice que se dará la posesion provisoria a los herederos presuntivos, entendiéndose por tales a los testamentarios o lejítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta. I miéntras no sobrevenga una nueva resolucion lejislativa, no será lícito a los tribunales de justicia entender o aplicar de otra manera el presente artículo (a).

(a) «Analizadada⁷ detenidamente la cuestion, resulta que el propósito manifesto del lejislador fué escluir a los legatarios del beneficio de la posesion provisoria, los cuales sólo pueden hacer valer sus derecho una vez decretada la posesion definitiva.» Barros Errázuriz T. 1.— Páj. 100.

«Del cambio de colocacion del artículo 91 i de la modificacion en la redaccion de los artículos 89 i 90 del proyecto de 1855, se deduce claramente que la Comision en su última revision sólo quiso llamar a la posesion provisoria de los bienes a los herederos presuntivos, testamentarios o lejítimos, del desaparecido; mas no a los legatarios ni a las demas personas que tuvieran derechos subordinados a la condicion de muerte del desaparecido. El señor Bello notó el defecto de redaccion con que aparecia el proyecto i principalmente la indeterminacion del artículo 91, i quiso evitar toda duda. No podemos, sin embargo, aceptar el procedimiento seguido, porque el cambio de redaccion de los artículos 89 i 91 no es la simple correccion de un error tipográfico.

Sim embargo, aunque esos artículos no hubieran producido modificacion alguna, por defectuosos que hubieran sido, no creemos que hubie-

Esto no quiere decir que aceptemos teóricamente la doctrina del Código. Ya en los preliminares hemos tratado este punto. Pensamos que los legatarios derivan su derecho, como los herederos testamentarios, de la voluntad expresa del testador, i que en algunos casos hasta puede llegar a ser mas cuantioso el interes que éstos tengan en la herencia, siendo, por consiguiente, tanto o mas idóneos que los herederos para la administracion de los bienes.

Pensamos asimismo que los usufructuarios i los fideicomisarios tienen un derecho análogo, que nace con la muerte del desaparecido, i que es manifiesta la conveniencia de que entren desde luego en la posesion de los bienes que mas tarde han de ser suyos.

70. En la jeneralidad de las legislaciones extranjeras se llama conjuntamente a la administracion provisional del patrimonio del desaparecido, a todas las personas que tienen intereses subordinados a la condicion de su muerte.

El Código del Uruguai prescribe la dacion interina de los bienes a los herederos, a los legatarios i «demas que tengan derechos eventuales exigibles con la muerte del ausente.» (Art. 61.) El Código de Venezuela dispone que se dé la posesion provisoria a los herederos, a los legatarios i «a todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos que en sí o en su ejercicio dependen de la condicion de su muerte.» (Art. 38). El Código del Brasil, a los dos años de ausencia manda abrir

ra podido fundarse sólidamente en ellos la teoría, sostenida por algunos de que el Código llamaba tambien a la posesion provisoria a los legatarios i demas personas que tuvieran derechos subordinados a la condicion de muerte del desaparecido...»—Claro. T. I.—N.º 456.

provisionalmente la sucesion, i una vez ejecutoriada esta sentencia, que se proceda a la particion de los bienes, como si el ausente hubiera fallecido. (Arts. 469 i 471). El Código de la Arjentina da la posesion provisoria a los herederos i a los legatarios. (Art. 118).

Análogos preceptos contienen la mayor parte de los códigos europeos. El nuestro va indudablemente rezagado en esta parte i, por consiguiente, es tiempo de que, revisando, sus disposiciones, vuelva a ocupar el rango que conquistó i mantuvo en los primeros tiempos de su publicacion.

71. La parte final del artículo que comentamos dispone que no presentándose herederos, se procederá en conformidad a lo prevenida para igual caso en el libro III, título *De la apertura la sucesion*.

Por lo tanto, todo asignatario será obligado, en virtud de demanda de cualquier persona interesada en ello, a declarar, dentro de los cuarenta dias subsiguientes a los de la demanda, si acepta o repudia (art. 1232); i si dentro de quince días de abrirse la sucesion no se hubiere aceptado la herencia ni hubiere albacea que aceptara el cargo, el juez, a instancia de cualquier interesado, i aun de oficio, la declarará yacente i le nombrará curador que la represente. (Art. 1240).

A este respecto dice el señor Borja: «Puede suceder que otras personas, distintas de los herederos, hubiesen pedido se declarara la presuncion de muerte por desaparicion, i que, trascurridos diez años desde la fecha de las últimas noticias, los herederos no exijan que se les conceda la posesion provisional. «No presentándose herederos,» dice el artículo 84, «se procederá en conformidad a lo prescrito para igual caso en el Libro III, título *De la apertura de la sucesion*.» En extremo inde-

terminada nos parece la cita de todo el Título *De la apertura de la sucesion*; pues muchas de sus disposiciones no son ahora aplicables. Don Andres Bello habia dicho, en el artículo 90 de su *Proyecto*, que no presentándose herederos presuntivos ni cónyuge, se nombraría curador a la herencia yacente; i en el artículo 87 del *Proyecto Inédito*, que no presentándose herederos, se nombraría curador a los bienes hereditarios. Tales disposiciones pecaban por carta de ménos. No bastaba nombrar curador a los bienes hereditarios; pues eran necesarias providencias que condujeran a investigar si hai o no herederos. Siendo deficiente el proyecto, debieron fijarse reglas precisas que determinasen todo cuanto concernia al asunto; pero el artículo 84 sólo ordena que se observen las disposiciones del sobredicho Título, muchas de las cuales en nada atañen a esta materia...» (a).

Artículo 85

Se entienden por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios o lejítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta.

El patrimonio en que se presume que suceden, comprenderá los bienes, derechos i acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.

REFERENCIAS

Herederos—954.

Testamentarios o lejítimos—952—980—983.

Fecha de la muerte presunta—81,6.º—81,7.º

(a) T. II.—N.º 204.

Bienes—565.

Derechos—576.

Acciones—577—578.

CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 82. Se entienden por herederos presuntivos del ausente, los testamentarios o lejítimos que lo eran en la fecha de la muerte presunta.

El patrimonio en que se presume que suceden comprenderá los bienes, derechos i acciones del ausente, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.

C. Col.—Art. 100. Se entienden por herederos presuntivos del desaparecido, los testamentarios o lejítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta.

El patrimonio en que se presume que suceden, comprenderá los bienes, derechos i acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.

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

Art. 122. V. C. del art. 82.

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

COMENTARIO

SUMARIO.—72. Reglas que establece el artículo.—73. Herederos testamentarios i herederos lejítimos.—74. Antecedentes de este artículo.—75. Accion de los herederos testamentarios contra los lejítimos.—76. Bienes que constituyen el patrimonio del desaparecido.—77. Algunas consecuencias de las reglas de este artículo.

72. Este artículo establece dos reglas:

1.^a Que son herederos presuntivos del desaparecido, los testamentarios o lejítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta;

2.^a Que el patrimonio en que se presume que éstos suceden, comprenderá los bienes, derechos i acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.

73. Herederos testamentarios son los instituidos en el testamento. Lejítimos son los herederos a quienes la lei llama a suceder cuando el difunto no dispuso de sus bienes, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones.

El derecho de los primeros es indudablemente mas precario i ménos seguro que el de los lejitimarios. Estos son llamados a la herencia por el ministerio de la lei i aquéllos por un acto de voluntad esencialmente revocable.

Sin embargo, el lejislador siempre que se encuentra en presencia de un testamento en que el testador instituye heredero, aun con exclusion de sus parientes, supone que la persona designada es la que mas afecto y mas interes le inspira, i por consiguiente, respeta i ampara esa declaracion de su voluntad.

74. Con todo, no fué este el principio que aplicó D. Andres Bello en su proyecto de 1853. El art. 91 daba la calidad de herederos presuntivos solamente a los que lo eran abintestato a la fecha de la muerte presunta i el art. 101 disponia que el testamento se abriese una vez decretada la posesion definitiva.

Ya hemos indicado, en párrafos anteriores, los graves inconvenientes de este sistema. Dando la administracion de los bienes a los asignatarios lejítimos, aun con prescindencia de los instituidos en testamento abierto, se descuidan los intereses del desaparecido i se da el usufructo de su patrimonio a personas que por carecer de todo derecho a la herencia, naturalmente no pueden te-

ner ese interes que hace razonable i lejítima el reemplazo de la administracion de los mandatarios por la de los herederos presuntivos.

Comprendiéndolo así la Comision Revisora, dispuso en el art. 87 del Proyecto Inédito, que en virtud del decreto de posesion provisoria se procederia a la apertura i publicacion del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno; i en el artículo 88, que se entienden por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios o lejítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta. Estas ideas fueron las que resumió el Código en el actual artículo 85.

De este modo se vino a dar bajo ciertos aspectos a la muerte presunta los efectos de la verdadera; pues, fijándose el día en que se presume que ocurrió, se fija tambien la fecha en que se determina quiénes son sus herederos.

75. El señor Borja, comentando este artículo, hace la siguiente observacion. «Pudiera mui bien ocurrir que los herederos abintestato hubiesen entrado en posesion provisional de los bienes, i que despues se presentase el testamento. La sentencia que concedió a los herederos abintestato la posesion provisional no pasaria en autoridad de cosa juzgada en cuanto a los herederos testamentarios, ya porque no se pronunció en juicio contradictorio, ya porque la sentencia no surte efecto sino en cuanto a las partes. Luego, los herederos testamentarios podrian deducir contra los poseedores provisionales la accion de peticion de herencia conforme a las reglas jenerales» (a).

76. La segunda parte del artículo encierra otra im-

(a) T. II.—N.º 212.

portante consecuencia de la sentencia que declara la presuncion de muerte.

Segun las reglas jenerales, defiérese la herencia en el momento de la muerte, i, por consiguiente, los bienes en que se presume que suceden los herederos tendrán que ser los que en dicho momento poseia el desaparecido. Este es su patrimonio i comprenderá, dice el artículo, sus bienes, derechos i acciones, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.

No importa que estos constituyan un derecho actual o eventual. Tambien los derechos condicionales son parte del patrimonio.

77. Dedúcese de lo espuesto, que si un heredero testamentario fallece ántes de fijarse el dia presuntivo de la muerte, no habrá adquirido ningun derecho a la herencia i no podrá transmitirla a sus propios herederos; pero que si fallece despues de esa fecha, la habrá adquirido, i la trasmitirá, en virtud del derecho de trasmision que consagra el artículo 957.

Se deduce asimismo que los herederos presuntivos podrán tomar la posesion de los bienes que le hubieren sido deferidos al desaparecido ántes de la fecha que se fijó como dia presuntivo de su muerte; pero no tendrán ningun derecho, salvo que ejerzan el de representacion, en las sucesiones que se abran despues de esa fecha, i a las cuales habria sido llamado el desaparecido si viviera.

Y finalmente, tambien se deduce, que los poseedores provisorios podrán exigir de los administradores de los bienes del desaparecido, que les rindan cuenta de los frutos que hubieren producido dichos bienes hasta el dia en que se les dió la posesion provisoria.

Artículo 86

Los poseedores provisorios formarán ante todo un inventario solemne de los bienes, o revisarán i rectificarán, con la misma solemnidad, el inventario que exista.

REFERENCIAS

Poseedores provisorios. 84.

Inventario solemne. 1253 382 1037 Cód. de Pr. C.

CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 83. Los poseedores provisionales formarán, ante todo, un inventario solemne de los bienes, o revisarán i rectificarán, con la misma solemnidad, el inventario que exista.

C. Col.—Art. 101. Los poseedores provisorios formarán ante todo un inventario solemne de los bienes, o revisarán i rectificarán, con la misma solemnidad, el inventario que exista.

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

C. Ur.—Art. 64. Los que hubieren obtenido la mision en posesion interina, o el cónyuje en el caso del artículo 62, deberán proceder inmediatamente a un inventario formal, con citacion del Ministerio Público, de todos los bienes raices, muebles i acciones del ausente.

Art. 65. Los que hayan obtenido la posesion provisoria podrán exigir para su garantía, que se proceda por

peritos designados por el Juzgado, a un reconocimiento del estado de los bienes raices.

Los gastos que se ocasionen saldrán de los bienes del ausente.

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

C. Ven.—Art. 41. Acordada la posesion provisional, deberá darse por formal inventario. Los que la obtengan no podrán sin autorizacion judicial dada con conocimiento de causa, gravar ni enajenar los bienes inmuebles del ausente, ni ejecutar ningun acto que traspase los límites de una simple administracion.

El Tribunal acordará, si lo creyere conveniente, la venta en totalidad o en parte de los bienes muebles, determinando el empleo que deba darse al precio para dejarlo asegurado, i cuidará de que se cumpla esta determinacion.

C. Fran.—Art. 126. Los que hubieren obtenido la posesion provisional, o el cónyuje que haya continuado en sociedad conyugal, deberán proceder al inventario de los muebles i papeles del ausente, con intervencion del Ministerio Público de primera instancia, o de un juez de paz delegado por el Ministerio Público.

El Tribunal segun su prudencia, ordenará que se vendan todos los muebles o parte de ellos. En caso de venta, se invertirá el precio así como los frutos percibidos.

Los que hubieren obtenido posesion provisional, pueden exigir, para su seguridad, que un perito, nombrado por el Tribunal, haga constar el estado en que se hallan los bienes raices. Su informe se homologará oido el Ministerio Público; i los gastos que ello ocasionen se imputarán a los bienes del ausente.

COMENTARIO

SUMARIO.—78. Preceptos del artículo.—79. Requisitos del inventario solemne.—80. Utilidad de su confeccion.—81. Esta debiera ordenarse en la misma sentencia que da la posesion de los bienes.

78. Los poseedores provisorios deberán formar inventario solemne de los bienes que perciban. Esta es su primera obligacion. La lei quiere que lo hagan ante todo.

Podrán, sin embargo, escusarse de hacerlo, si ya existiere. En tal caso les bastará rectificarlo con la misma solemnidad. Por ejemplo, si el inventario hubiere sido hecho por un curador de bienes, será suficiente que anoten las variaciones que hubieren ocurrido durante su administracion en las cosas inventariadas.

79. Inventario, en jeneral, es la relacion de todos los bienes raices i muebles pertenecientes a alguna persona; i segun los artículos 1036 i 1037 del Código de Procedimiento Civil, se llama solemne el que se hace, previo decreto judicial, por el funcionario competente i con los requisitos que siguen:

1.º Se hará ante un notario i dos testigos varones, mayores de dieciocho años, que sepan leer i escribir i sean conocidos del notario. Con autorizacion del Tribunal podrá hacer las veces de notario otro ministro de fe o un juez de menor cuantía;

2.º El notario o el funcionario que lo reemplace, si no conociere a la persona que hace la manifestacion, la cual deberá ser, siempre que esté presente, el tenedor de los bienes, se cerciorará ante todo de su identidad i la hará constar en la diligencia;

3.º Se espresará en letras el lugar, dia, mes i año

en que comienza i concluye cada parte del inventario;

4.º Antes de cerrado, el tenedor de los bienes o el que hace la manifestacion de ellos, declarará bajo de juramento que no tiene otros que manifestar i que deban figurar en el inventario; i

5.º Será firmado por dicho tenedor o manifestante, por los interesados que hubieren asistido, por el Ministro de fe i por los testigos.

80. La necesidad del inventario se desprende del carácter mismo de la posesion provisional, que está sujeta a la condicion de restitucion i conservacion de los bienes. La lei, siempre que se presenta una situacion análoga, lo prescribe como requisito previo. Deben formarlos los curadores i los usufructuarios, segun lo prescriben respectivamente los artículos 374 i 775 del Código.

En el presente caso, su confeccion interesa por igual al desaparecido i a los poseedores provisionales. Es para el primero una garantía de que su patrimonio se conservará sin menoscabo i significa un beneficio para los segundos. Así éstos no se verán obligados en ningun tiempo a devolver otros bienes que los inventariados i no serán responsables de las obligaciones trasmisibles del desaparecido, sino hasta concurrencia del valor de los que hubieren recibido.

En cuanto a los poseedores definitivos nada dice la lei, i queda, en consecuencia, a su arbitrio formar o no inventario. Pero es claro que si no lo hacen, no gozarán del beneficio establecido en el artículo 1247 del Código i quedarán obligados con sus propios bienes al pago de todas las deudas del desaparecido.

81. Prácticamente la confeccion del inventario está entregada por completo a la buena fe de los poseedo-

res. El Código no ha adoptado ninguna medida eficaz para obligarlos que lo hagan en debida forma.

En concepto del señor Borja, habria sido conveniente disponer que en la misma sentencia en que se ordena dar la posesion provisional, se prescribiese la formacion del inventario i la designacion de una persona que, representando a los derechos eventuales del desaparecido, velase por la exactitud del que se levantara.

«El Código de enjuiciamientos, agrega, pudiera reparar estas omisiones. De los preceptos del Código Civil no se deduce que el defensor de ausentes esté obligado a intervenir en la formacion del inventario, ni ménos a exigir que ella preceda a la entrega de los bienes hereditarios» (a).

Artículo 87

Los poseedores provisorios representarán a la sucesion en las acciones i defensas contra terceros

REFERENCIAS

Representarán a la sucesion.—487—491—1240.

CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 84. Los poseedores provisionales representarán a la sucesion en las acciones i defensas contra terceros.

(a) T. II.—N.º 214.

C. Col.—Art. 102. Los poseedores provisorios representarán a la sucesion en las acciones i defensas contra terceros.

C. Arj.—Art. 119. Los derechos i las obligaciones del que hubiese obtenido la posesion provisoria, serán los mismos que los del curador del incapaz de administrar sus bienes.

C. Ur.—Art. 73. Despues del auto de declaracion de ausencia, cualquiera persona que tenga algo que demandar al ausente, tendrá que dirigirse a los que han obtenido la administracion o posesion de los bienes.

C. Bra.—Art. 476. Dada la posesion de los bienes, los sucesores provisionales representarán activa i pasivamente al ausente; de modo que contra ellos correrán las acciones pendientes i las que en adelante se promovieren.

C. Ven.—Art. 45. Despues del Decreto que acuerda la posesion provisoria, las acciones que competan contra el ausente se dirigirán contra los que hubieren obtenido la dicha declaratoria.

C. Fran.—Art. 134. Declarada la ausencia, toda persona que tenga derechos que ejercer contra el ausente, no podrá perseguirlos sino contra los que han obtenido la posesion de los bienes o que tengan su administracion legal.

COMENTARIO

SUMARIO.—82. Atribuciones judiciales de los poseedores provisorios.—
83. Su fundamento.

82. El presente artículo concede a los poseedores provisionales una autorizacion especial, semejante a la que concede el artículo 490 a los curadores de bienes. Los

constituye en representantes legales de la sucesion en las acciones i defensas contra terceros.

En consecuencia, deberán proceder como demandantes en todas las acciones que a la sucesion conciernan i como demandados en todos los litijios que contra ella se promuevan.

Estos litijios pueden provenir ya de derechos que se tengan directamente contra el desaparecido, ya de derechos subordinados a la condicion de su muerte.

Para el ejercicio de los primeros no hai época determinada. Los interesados podrán hacerlos valer en todo tiempo, aun en el período de mera ausencia. Seria de esta clase el pago de una deuda cuyo plazo viniese a vencer bajo la administracion de los representantes legales o de los poseedores provisionales,

Los segundos se deberán hacer valer durante la posesion provisional o la definitiva, segun los deduzcan los herederos presuntivos o las demas personas que tengan derechos subordinados a la condicion de la muerte del desaparecido.

Por ejemplo, el heredero instituido en testamento abierto despues de haberse dado la posesion de los bienes a los herederos lejítimos, podrá entablar la accion de peticion de herencia desde la fecha del decreto de posesion provisoria. I los legatarios i los propietarios o los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseidos fiduciariamente por el desaparecido, sólo podrán hacerlo despues de decretada la posesion definitiva.

83. La razon jurídica de este artículo es evidente. El lejislador quiso sustituir la administracion de los mandatarios i de los representantes legales por otra que naturalmente tuviese mayor interes en el incremento de los bienes, e ideó la de los poseedores provisionales.

A ellos entregó todo el patrimonio del desaparecido, previo inventario i caucion de conservacion i restitution. Era, por consiguiente, lójico que tambien se les diese capacidad legal para representar judicialmente dichos intereses.

«Como los poseedores provisorios, dice el señor Armas, suceden en todos los bienes, derechos i acciones del desaparecido, es justo que le representen en todas las acciones i defensas que afecten directamente el patrimonio que han heredado i que deben conservar segun inventario. Son ellos, pues los continuadores de la persona del desaparecido i natural es que la representen. El éxito de cualquier asunto judicial aprovechará o no a los poseedores provisorios en los mismos casos que al desaparecido» (a).

(a) Pág. 123.

Artículo 88.

Los poseedores provisorios podrán desde luego vender una parte de los muebles o todos ellos, si el juez lo creyere conveniente, oído el defensor de ausentes.

Los bienes raíces del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse ántes de la posesion definitiva, sino por causa necesaria o de utilidad evidente, declarada por el juez con conocimiento de causa, i con audiencia del defensor.

La venta de cualquiera parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta.

REFERENCIAS

Poseedores provisorios.—84.

Vender.—1793.

Muebles.—567.

Bienes raíces.—568.

Hipotecarse.—2407.—1409.—2410.

Posesion definitiva.—90.—91.

Audiencia del defensor.—81,4.º

Pública subasta.—303—394—630—1294—2397—2400.

CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 85. Los poseedores provisionales podrán, desde luego, vender una parte de los muebles o todos ellos, si el juez la creyere conveniente, oído el defensor de ausentes.

Los bienes raíces del ausente no podrán enajenarse ni hipotecarse ántes de la posesion definitiva, sino por causa necesaria o de utilidad evidente, declarada por el juez, con conocimiento de causa i con audiencia del defensor.

La venta de cualquiera parte de los bienes del ausente se hará en pública subasta.

C. Col.—Art. 103. Los poseedores provisorios podrán desde luego vender una parte de los muebles o todos ellos, si el juez lo creyere conveniente, oído el defensor de ausentes.

Los bienes raíces del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse ántes de la posesion definitiva, sino por causa necesaria o de utilidad evidente, declarada por el juez con conocimiento de causa, i con audiencia del defensor.

La venta de cualquiera parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta.

C. Art.—Art. 121. Los herederos presuntivos o los herederos instituidos, despues de dada la posesion provisoriosa, pueden hacer division provisoriosa de los bienes. sin poder enajenarlos, sean muebles o raíces sin autorizacion judicial.

C. Ur.—Art. 63. La posesion interina solo dará a los que la obtengan, la administracion de los bienes del ausente, con calidad de rendirle cuentas, si volviese, o nombrare apoderado.

Art. 67. Los que no tengan sino posesion interina, no podrán enajenar ni hipotecar los bienes raíces del ausente.

Si conviniera a los intereses del ausente la enajenacion de los muebles, podrá procederse a ella, con la vènia judicial.

C. Bra.—Art. 472. Antes de la particion el juez ordenará la conversion de los bienes muebles, sujetos a deterioro o a estravío, en inmuebles, o en títulos de la deuda pública de la Union o de los Estados (art. 177).

Art. 474. En la particion, los inmuebles serán con-

fiados totalmente a los sucesores provisionales mas idóneos.

Art. 475. No siendo por cesion, los inmuebles del ausente, sólo se podrán enajenar, cuando lo ordene el juez, para evitar que se destruyan, o cuando convenga convertirlos en títulos de la deuda pública.

C. Ven.—Art. 40. V. C. del art. 84.

Art. 41.—V. C. del art. 86.

C. Fran.—Art. 126, inc. 3.º V. C. del art. 86.

Art. 128. Todos los que no tengan el goce de los bienes sino en virtud de la posesion provisional, no podrán enajenar ni hipotecar los inmuebles del ausente.

C. It.—Art. 29. Los que hayan obtenido la posesion temporal deberán proceder al inventario de los bienes muebles i a la descripcion de los inmuebles del ausente.

No podrán sin autorizacion judicial, enajenar ni hipotecar los bienes inmuebles, ni ejecutar ningun otro acto que exceda de la simple administracion.

El Tribunal ordenará, cuando sea beneficosa, la venta total o parcial de los bienes muebles, empleándose en este caso el precio.

C. Per.—Art. 69. El heredero que obtiene la posesion provisional está obligado, como el guardador, a practicar inventario i tasacion de los bienes, a dar fianza por su valor, i a no enajenar, ni hipotecar, en ningun caso, los bienes raices; pero podrá enajenar los muebles con licencia judicial.

COMENTARIO

SUMARIO.—84. Resúmen del artículo.—85. El juez puede arbitrariamente autorizar o nó la venta de los muebles.—86. Referencias a los casos en que el Código exige la aprobacion judicial.—87. Casos en que

sólo se exige la autorizacion del juez.—88. No es necesaria esta autorizacion para que los poseedores provisionales puedan gravar los bienes muebles.—89. La autorizacion es necesaria para vender o hipotecar los bienes raices.—90. Lo que significa el conocimiento de causa.—91. Los poseedores provisionales no pueden transijir las cuestiones que se promuevan sobre los bienes del desaparecido.—92. La subasta pública es garantía para el desaparecido i para los poseedores.—93. Reglamentacion de la subasta.—94. Referencia a algunos casos en que el Código la exige.—95. Clase de nulidad que afectaria a la venta hecha sin subasta o sin permiso judicial.—96. Carácter jurídico de los poseedores provisionales.—97. Estos pueden arrendar los inmuebles libremente.

84. El artículo 88 encierra las reglas siguientes:

1.^a Los poseedores provisionales podrán vender los muebles, si el juez lo creyere conveniente, oído el defensor de ausentes;

2.^a Podrán enajenar o hipotecar los bienes raices, si hubiera causa necesaria o de utilidad evidente, declarada por el juez con conocimiento de causa i con audiencia del defensor;

3.^a La venta de los bienes, sean muebles o raices, debe efectuarse en pública subasta.

85. Como se ve, la accion de los poseedores provisionales, relativamente a la venta de los bienes, está en todo sometida a la resolucion de la justicia.

Tratándose de los muebles, las facultades del juez son discrecionales. Si lo creyere conveniente, prestará su autorizacion. En caso contrario, la negará.

Talvez esto sea demasiado. La opinion del majistrado puede ser influenciada adversa o favorablemente a los intereses del desaparecido. La intervencion que se da al defensor de ausentes, es apénas una remota garantía. El juez tiene la obligacion de oirlo, pero no la de proceder con su acuerdo. Parece indispensable que en

casos como el presente exista un funcionario que tenga la representacion i defensa del desaparecido.

Por lo demas, es natural que se den facultades discretionales a los magistrados llamados a prestar su intervencion protectora. Su fallo debe fundarse en las circunstancias i naturalmente necesitan tener el poder de apreciarlas. Habrá casos en que la venta de los muebles sea necesaria, como si corriesen peligro de deteriorarse conservándolos. Otras veces puede ser un atentado la enajenacion, como si se tratase de vender objetos a los cuales estuviese unido un gran valor de afeccion de parte del desaparecido o que le fuese difícil adquirir mas tarde, como una biblioteca o una coleccion de obras de arte.

No necesitamos decir que los bienes muebles de que se trata son los incluidos en el inventario, pues solo de ellos deben dar cuenta los poseedores provisionales. Los adquiridos como frutos de los inmuebles, les pertenecen libremente, segun el artículo 89 (a).

86. Los casos en que se exige la autorizacion o la aprobacion del juez para la validez de los actos i contratos de las personas relativamente incapaces, se hallan esparcidos en diversas partes del Código. Nos parece oportuno recordarlos.

La aprobacion judicial se requiere para que el menor habilitado de edad pueda aprobar la cuenta de su tutor o curadór (art. 422); para proceder a la particion de la herencia o de los bienes raices del pupilo (art. 396); pa-

(a) «Este inciso comprende por su tenor literal toda clase de bienes muebles; sin embargo, el espíritu del Lejislador no se ha referido probablemente a los bienes muebles que no pueden conservarse guardándose, porque la enajenacion de estos es precisa e ineludible con autorizacion o sin ella».—A. de L. i C. P.—Páj. 210.

ra el nombramiento de partidor, si alguno de los co-asignatarios no tuviere la libre disposicion de sus bienes (art. 1326); para dar cumplimiento a la sentencia del juez partidor, cuando haya entre los interesados personas sujetas a tutela o curaduría, personas jurídicas, o personas ausentes que no hayan nombrado apoderado (arts. 1342 i 399); para suplir la aprobacion del marido, si la mujer que no quisiere tomar la administracion de la sociedad conyugal ni someterse a la direccion de un curador, obtuviese separacion de bienes (art. 1762); para que pueda comercial la mujer casada si fuere autorizada para hacerlo por un marido menor de veintiun años (art. 12, inc. 1.º del Código de C).

(Continuará)

