

§ 95

Edictos públicos (1).

I. *Concepto y figuras afines.*—Ya sabemos que, a veces, el juicio se introduce por una citación *por edictos públicos* que la ley admite cuando la multitud o la indeterminación de las personas a demandar harían difícil o imposible la citación en las formas ordinarias (§ 41, VI, C, 3). Pero mientras que el juicio así iniciado tiene como mira, en los términos ordinarios, la actuación de un derecho mediante declaración de su existencia efectiva aunque sea contra personas desconocidas, tenemos únicamente una forma especial de citación, no de proceso. En cambio, tenemos el proceso «por edictos públicos» *cuando el actor dirige a personas desconocidas o indeterminadas una invitación pública por vía de justicia para hacer valer en un cierto término determinadas pretensiones en cuanto a un cierto sujeto, con la prevención de que, en su defecto, quedarán excluidas tales pretensiones para el porvenir.*

Es, por tanto, una forma de *provocatio ad agendum*, que, a diferencia de las dirigidas contra una *determinada* persona, que nuestro derecho no ha conservado (§ 7, I), va contra personas *indeterminadas*. Ya hemos señalado el origen germánico de la insti-

(1) Para la historia: WEISMANN, *Feststellungsklage*, Bonn, 1879, §§ 7, 17, 21, 22; WETZELL, *System*, § 13 y pág. 910; GIERKE, *Deutsches Privatrech.*, Leipzig, 1895, § 38, IX.

Para el moderno derecho germánico: WACH, *Handbuch*, I, p. 63; WEISMANN, *Lehrbuch*, II, § 189; HELLWIG, *System*, II, § 256 y sigs.; los comentaristas sobre los §§ 944 y sigs.

Para el derecho francés: HAUSMEISTER, *Das Aufgebotsverfahren und seine Ersatzgebilde im französischen Recht.* (El proceso por edictos públicos y sus subrogados en el derecho francés) en la *Rivista renana pel dir civ. e proc.* (1913), pág. 549 y sigs., IV, pág. 34 y sigs.

Falta en nuestro derecho un tratado unitario. Véanse las citas relativas a cada caso.

ución (§ 7, I), que se liga al principio de la «universalidad» del proceso germánico y a la asamblea judicial (§ 80, I; § 88, VI, B, nota; § 89, I). Desarrollada en el derecho longobardo, como medio de asegurar en el tiempo la eficacia de los documentos y de las relaciones jurídicas fundadas en escrituras, más particularmente para garantizar las transmisiones de propiedad inmueble, encuentra diversas aplicaciones en el derecho estatutario y el derecho canónico (1), como en las legislaciones de los Estados italianos (2).

Aun hoy, la variedad de las aplicaciones hace incierta la naturaleza de este proceso. A veces se nos presenta en forma puramente administrativa: El Estado u otro ente público antes de determinarse a un cierto acto se vale de edictos públicos, invitando implícita o explícitamente a los posibles interesados a proponer sus oposiciones. Así, en la expropiación por utilidad pública (ley 25 junio 1865, núm. 2.359, art. 4, 18, etc.). Así en las concesiones (ej. derivación de agua, ley 10 Agosto 1884, núm. 2.644, art. 8; decreto-ley, 9 Octubre 1919, núm. 2.151, art. 9; concesiones de playas en los lagos, reglamento 1 Diciembre 1895, núm. 726, art. 18). Así en el matrimonio (Cód. civ., art. 70 y sigs.); así en el procedimiento para los cambios y adiciones de nombres y apellidos (art. 121 y siguientes; organización del estado civil 15 Noviembre 1865). Lo

(1) Publicaciones matrimoniales: CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel proc. civ.* en los *Saggi di dir. proc. civ.*, 1904, pág. 155, nota; WEISMANN, *Feststellungsklage*, §§ 7, 17.

(2) Entre los otros usos está la reivindicación de los derechos fiscales. De ello he dado un ejemplo en el *Il Comune di Mergozzo e il suo diritto sul lago omonimo*, Roma, Pallota, 1917, pág. 12. Es una manifestación del Magistrado de las rentas extraordinarias del Estado de Milán, 27 Marzo 1612: «Manda a cualquier persona, de cualquier grado, estado o condición que sea, que tenga o pretenda tener título o derecho de pescar, hacer pescar o arrendar la pesca en dicho lago, o parte alguna de él *deba en el término de quince días, desde la publicación de la presente, haber exhibido y dejado en manos del infrascrito notario de la Cámara dichos títulos o derechos*, pues, en otro caso, expirado dicho término, ipso jure et facto se entenderá cada uno excluido de tal derecho y sin otra sentencia declarada corresponder a dicha Real Cámara, la cual se tendrá por restituida y reintegrada en su primera posesión»; otras parecidas fueron numerosas en la misma época en Milán.

mismo sucede con la publicación de la pérdida de objetos (Código civil, art. 716).

El proceso por edictos públicos es *judicial* cuando en él participa el magistrado, ya sea para examinar el edicto antes de admitir su publicación, ya *para declarar las consecuencias de la falta de oposiciones*. Pero esta *declaración* es la que da el carácter jurisdiccional al procedimiento, en cuanto declara *el derecho que nace para el actor de la falta de oposiciones*. El simple examen del edicto, para admitir su publicación, no saldría por sí de los límites de la jurisdicción voluntaria, porque no implica declaración ni actuación de derechos, sino que es simple función de cooperación en el comercio jurídico, que también podría estar confiado a un órgano administrativo. El derecho o la cualidad de acreedor, de propietario, etc., en virtud de la cual se pide la publicación del edicto, viene examinado y presupuesto, pero no declarado. Ciertamente, el fin *general* del proceso por edictos públicos es proteger tales condiciones jurídicas, pero éstas no son deducidas en cada proceso. El fin inmediato del actor en cada proceso por edictos es obtener la preclusión de ciertas pretensiones, fundadas o infundadas, que personas indeterminadas podrían ostentar respecto de un objeto dado. La simple falta de oposición le da derecho de excluir estas pretensiones, y por consecuencia, le atribuye o lo confirma en el derecho que se funda precisamente en la exclusión de las mismas pretensiones. Hasta este punto podría aún tratarse de un mero procedimiento administrativo (y de él es típico ejemplo el antes mencionado para la publicación de los objetos encontrados, con el consiguiente paso de propiedad al que los encontró, artículo 716, 717, Cód. civ.), pero cuando a esto se añade una resolución del magistrado que *declara* el derecho a excluir las pretensiones ajenas, derivada de la falta de oposiciones, este es acto jurisdiccional y confiere carácter judicial al proceso que tiende a obtenerlo. Este proceso especial (además de la sentencia que lo cierra) tiene carácter *constitutivo* porque el derecho a excluir las pretensiones ajenas por el defecto de oposición *se forma en el proceso*, y aunque, en la función general de la institución, este derecho, adquirido en el proceso, se dirige a la tutela de los titulares de derechos efectivamente correspondientes y preexistentes al proceso, los cuales mal podrían ser asegurados con el proceso ordinario contra las pretensiones de innumerables posibles adversarios desconoci-

dos, en el caso particular—como hemos dicho ya—no se declara el derecho preexistente al pleito, sino el derecho nacido en él, sin desconocer que las pretensiones ajenas, excluidas *por el solo hecho* de la falta de oposición, *podían también ser fundadas*.

Todo esto sirve para delimitar la extensión de la sentencia con que termina este proceso. La sentencia no afirma el derecho del actor *contra cualquiera*, esto es, no excluye *todas las posibles pretensiones ajenas* en cuanto al objeto de la pretensión del actor; excluye únicamente las pretensiones de aquellos a quienes el edicto iba dirigido, y que habían sido invitados a proponerlas dentro del término, con conminación de, en caso contrario, ser excluidos de toda pretensión. Estos únicamente pueden ser alcanzados por la preclusión. Quienes son, es cosa que varía como veremos en cada caso.

Un proceso así anormal y peligroso no puede naturalmente ser admitido como figura ordinaria, sino solo para pocos casos determinados, en que lo requieran a la vez exigencias de derecho sustancial y procesal. Antes bien, a veces, el proceso por edictos públicos no es sino el complemento o el sustitutivo de instituciones de derecho sustancial, lo cual explica porque algunas legislaciones lo admiten en muchos casos en que otros lo desconocen atendiendo a una misma finalidad con instituciones de otra naturaleza (1).

A veces los edictos públicos, entendidos siempre aquí no como

(1) Así el Código civil germánico se vale del proceso por edictos públicos para dar al heredero un modo de tener una noticia precisa sobre el estado de la herencia antes de determinarse a aceptarla, con la seguridad de no deber pagar a los acreedores excluidos, sino en cuanto la herencia, después de pagados los acreedores no excluidos, presente un residuo (Código civil, § 1.970 y sigs.; regl. procesal, § 989 y sigs.). Nuestra ley, como la francesa, se contenta, a este fin, con el beneficio de inventario. Del mismo modo, mientras que nuestra ley, como la francesa, se limita a admitir la usucapción, pero no provee a la manera de declarar su realización y de perseguir al poseedor del fundo el título escrito a hacer público (salvo el empleo de una acción ordinaria de declaración, que presupone conocida la persona del propietario), el Cód. civ. germánico utiliza el proceso por edictos con el fin de excluir al propietario de todo derecho sobre el fundo y hacer posible la inscripción del poseedor que ha usucapido en el libro fundiario.

la citación de desconocidos sino como la invitación a desconocidos a proponer sus pretensiones, nos aparecen como parte de otros procedimientos, en los cuales se producen también resoluciones a consecuencia de la falta de oposiciones, pero no tiene lugar o no se pronuncia expresamente la realizada exclusión de las pretensiones de los no oponentes (1).

II. *Normas generales.*—Algunas leyes han dictado normas generales aplicables a los distintos casos admitidos de edictos públicos (2). Por ser estos casos entre nosotros aun más limitados, se

(1) Así la invitación a los acreedores para participar en el procedimiento de quiebras (Cód. com. art. 691, núm. 5), salvo la invitación personal a los acreedores conocidos (art. 744). Así, la invitación expresa o implícita a los acreedores para participar en el procedimiento de expropiación, que se hace mediante los bandos, salvo la notificación personal a los acreedores inscritos (Cód. proc. civ., arts. 629, 620, 666, 667, 668, 689).

El procedimiento para la *purgación* de los inmuebles de las hipotecas toma también el aspecto de una invitación implícita a los acreedores para pedir la subasta dentro del término de cuarenta días, con la implícita conminación de que en otro caso el valor quedará definitivamente establecido en el precio ofrecido y que los créditos que no puedan venir satisfechos con dicho precio quedarán excluidos de la garantía hipotecaria sobre el inmueble. Sin embargo, la notificación se hace a los acreedores, singularmente en los domicilios elegidos (art. 2.043, Cód. civ.) aunque el ofrecimiento del precio deba ser también publicada en el diario de los anuncios judiciales (art. 2.044). Mas manifiesto es el carácter del edicto público en la análoga invitación hecha a los acreedores privilegiados de la nave, puesto que, habiendo allí créditos no sujetos a publicación, en cuanto a éstos *vale como notificación la inserción en el diario de los anuncios judiciales* (art. 679, Cód. com.). En ambos casos la liberación de la cosa tiene lugar *ope legis*, mediante el depósito del precio, y el procedimiento no es autónomo, sino coordinado al juicio de graduación o distribución del precio.

También la demanda para obtener del Tribunal el decreto de calificación hereditaria, necesario como título para cobrar los depósitos en la caja de depósitos y préstamos, en caso de sucesión, puede ser realizado por inserción en los pliegos de anuncios judiciales o en otro caso *resa di pubblica raglone* (art. 91, Regl., 23 Marzo 1919, núm. 1058). Pero esta publicación no lleva a excluir las pretensiones de los terceros; constituye sólo una mayor garantía de la resolución de reembolso.

(2) Regl. proc. gen., § 946 y sigs. (Aufgebots verfahren).

explica que la ley italiana no conozca un procedimiento por edictos en general, sino que se limita a regular éste proceso caso por caso.

Sin embargo, pueden señalarse algunas líneas constantes que responden en todo caso a la esencia y al fin de la institución. El proceso por edictos se desarrolla en tres periodos:

a) *La demanda*, en forma de *recurso* a la autoridad judicial competente o, según los casos, a su presidente, para que el edicto sea admitido a la publicación. Aquí comienza el procedimiento *contencioso* por edictos públicos aunque se proceda en cámara de consejo (1). La autoridad judicial examina en todo caso de oficio si el procedimiento por edictos está admitido por la ley; si existen los presupuestos procesales, esto es, competencia, capacidad, etc. si se ha respetado la forma establecida por la ley; si es necesario y posible un contradictorio; si el requirente se encuentra de hecho en la condición querida por la ley (de propietario de un título perdido; de heredero legítimo; de titular de la caución); y luego provee sobre la demanda, admitiéndola o rechazándola.

b) *El edicto público*.—Admitida la demanda se publica el edicto. Este debe contener la indicación exacta del *objeto* respecto del cual el requirente quiere excluir las pretensiones ajenas, de la *naturaleza* de las pretensiones que quiere excluir y la *invitación* a todas las posibles titulares de tales pretensiones para hacerlas valer en un cierto *término*, con la conminación de que, en otro caso, quedarán excluidas. El edicto no siempre es un acto autónomo; a veces se identifica con la resolución misma del juez que admite la demanda; lo que importa es que tenga lugar una invitación pública, implícita o explícita, con los elementos antes indicados. La publicación de la invitación abre una forma especial e impropia de contradictorio (y en esto consiste la característica del proceso por edictos públicos) con personas desconocidas e indeterminadas, las cuales en su virtud devienen partes en el proceso, en el sentido de que están expuestas al perjuicio amenazado en la invitación. Sin embargo a veces requiere la ley un verdadero contradictorio complementario con determinadas personas, para que el pronunciamiento de exclusión tenga lugar ante ellas. Las formas de *publici-*

(1) Conforme en cuanto a la amortización de las letras de cambio, DIANA, *Le funzioni del presidente*, pág. 80. En contra: VIVANTE, *Trattato* III, § 1.323; SUPINO, *Della cambiale*, Turín, 1919, núm. 644, pág. 367.

dad pueden en sus particulares variar en cada caso, pero sustancialmente se reducen a las dos que encontramos en la citación por edictos (§ 41, VI, C, 3); las *fijaciones* (carteles) y las *inserciones*.

Dentro del término los invitados pueden proponer sus pretensiones mediante *oposiciones* que se notificarán al actor con citación para comparecer ante la autoridad judicial que ha admitido a la publicidad el edicto, si la ley no prescribe otra forma de oposición. El transcurso del término es necesario para que se pueda proceder; puede tener, pero no tiene por sí y necesariamente efecto preclusivo de las pretensiones, puesto que a veces éstas pueden proponerse aún después de vencido el término, con tal que sea antes de la sentencia que pronuncia la exclusión.

c) La tercera fase varía de contenido según que se hayan hecho oposiciones o no. En el primer caso, el proceso por edictos se transforma en proceso ordinario donde deben ser juzgadas las oposiciones, ya sea por parte del mismo juez competente para los edictos, ya reenviándolas éste a otro juez competente. Las oposiciones pueden referirse a la inadmisibilidad del procedimiento y a su regularidad o también al fondo. Estas últimas pueden tener por fundamento una de las pretensiones que se quisieran excluir, mover por alguno de los terceros a quienes se dirige el edicto, o también discutir el derecho mismo y la calidad del actor (negando que sea propietario del título, titular de la caución, heredero, pariente, etc.); por terceros a quienes el edicto no se dirigía y que, por tanto no serían perjudicados por la sentencia de exclusión, pero que asumen el carácter de oponentes a semejanza de intervinientes en el pleito. La decisión, por tanto, puede ser de desestimación de las oposiciones o al mismo tiempo de exclusión de las pretensiones de los no oponentes, o de estimación de las oposiciones y en este caso, de declaración de inadmisibilidad de la demanda o de desestimación en el fondo, pero solo en cuanto a la pretensión del oponente y por lo tanto con exclusión simultánea de las pretensiones de los no oponentes cuando esta exclusión sea prácticamente posible e importante no obstante el reconocimiento de la pretensión del oponente. Cuando no se propusieran oposiciones, la autoridad judicial, verificada nuevamente (aunque la primera fase se haya desarrollado solo ante el presidente del colegio), la admisibilidad del procedimiento, declarada la regularidad de las publicaciones y la falta de oposiciones, pronuncia la exclusión de las pretensiones

de los conminados con la fórmula apropiada a cada caso. Sobre la extensión de esta resolución v. el núm. I. La sentencia de exclusión de las pretensiones no puede ser impugnada por los conminados ni en apelación ni en oposición en rebeldía. La preclusión que ha tenido lugar es en sí misma irreparable, y nuestra ley, considerando cierto que la regularidad del procedimiento, del edicto, de las publicaciones, del término, etc., están suficientemente garantizadas por la verificación que de oficio y con facultades extraordinarias debe hacer el magistrado, no admite en favor de los conminados ni siquiera una acción o una excepción de nulidad (1); por consecuencia, el único remedio que debe reconocerse a los conminados es la demanda de revocación, la cual por la gravedad y excepcionalidad de sus motivos, existe aun contra las sentencias inapelables (V. § 83, II, d). La sentencia que pronuncia pura y simplemente la exclusión de las pretensiones, no se *notifica* ni aun por edictos. Las *costas*, en cuanto no exista una disposición en contrario, son a cargo del actor.

II. *Aplicaciones. Amortización de títulos de crédito.*—La aplicación principal que encuentra en nuestra ley este proceso especial refiérese a la *amortización de los títulos de crédito*, esto es, a la declaración de ineficacia de títulos perdidos o destruidos, con el fin de poner al propietario del título en condiciones de ejercitar los derechos que de él se derivan, no obstante la pérdida posesión del mismo título, o, cuando se trate de títulos circulantes, detener su circulación o ambos fines al mismo tiempo. Pero no se admite la amortización de todos los títulos; el interés del propietario está aquí en conflicto con la necesidad de garantizar en interés de la economía y de la confianza públicas la circulación de los títulos, y las leyes de los diferentes Estados son más o menos amplias en consertir la amortización, según que conceden el predominio a uno u otro interés. Nuestra ley admite únicamente la amortización de las *letras de cambio* y otros *títulos a la orden*, de algunos *títulos al portador especiales* y de algunos *títulos nominativos*. Los títulos al portador, ordinarios, pueden ser *reivindicados* contra quien los ha encontrado o robado y contra los que los han recibi-

(1) De otra manera, la ley germánica que conoce una acción de nulidad contra la sentencia de exclusión (§ 957).

do por cualquier título, conociendo el vicio de la causa de la posesión (art. 57, Cód. Com.), o también *renovados* si están estropeados, o análogamente *renovados* (excepto los títulos de la Deuda pública y los billetes de Banco) si el poseedor prueba su destrucción en juicio ordinario contra el emisor (artículo 56, Cód. com.)

A) *Amortización de letras de cambio y otros títulos a la orden* (1).—Una letra perdida (o robada o destruida) puede ser *declarada ineficaz* respecto a cualquier poseedor que no ejercite sus derechos, al publicarse el edicto, mediante presentación de la letra (art. 329, Cód. com.) La norma se aplica a toda clase de letras, y tanto antes como después de su emisión (2), aceptación, vencimiento, y el mismo pago. Se aplica a las letras en blanco, si y en cuanto el juez estime suficiente la identificación que puede hacerse de ellas, según las circunstancias del caso, no obstante la falta de indicación de algunos requisitos (3). Se aplica al *cheque* (art. 341, Cód. com.) y a demás títulos a la orden. (4).

La acción para la amortización corresponde *al poseedor legítimo*, esto es, al que tiene derecho al pago de la letra (por lo tanto, también al endosador por mandato o por garantía, y no sólo al *propietario* del título, como parecería de la letra del art. 330), que haya *perdido la posesión* de la letra por extravío, hurto, destrucción. No al simple detentador (por ej., el depositario): si éste obrase sería rechazado por carencia de acción y el poseedor podría inter-

(1) VIVANTE, *Trattato*, III, núms. 1.319 y sigs.; SUPINO, *Della cambiale*, cit. núm. 632 y sigs.; BONELLI, *La cambiale*, Milán, 1914, pág. 667 (§ 251 y sigs.); MOSSA, *L'ammortamento dello check*, en la *Rivista di diritto commerciale*, 1917, II, pág. 102 y sigs. Para la reforma, v. BONELLI, en la *Riv. di dir. com.*, 1916, I, págs. 24 y sigs.

(2) BONELLI (op. cit., págs. 681, 686) niega que pueda pedirse la amortización de una letra de cambio perdida por el suscriptor antes de la emisión o de una letra perdida por el deudor después de haberla pagado o retirado y retirado; por la razón de que en este caso faltaría el contradictorio *con los obligados* pedido por el art. 331, Cód. com. Pero en el texto veremos que este contradictorio es meramente complementario, no esencial, y por tanto, la amortización es posible aunque tal contradictorio no lo sea.

(3) En contra; VIVANTE, op. cit., núm. 1.321.

(4) No al simple módulo de *cheque*: v. MOSSA, *lug. cit.*

venir y oponerse. La acción para la amortización no puede tender inmediatamente por sí misma a eliminar todos los posibles inconvenientes de la posesión perdida, porque no puede impedir que la letra de cambio circule, y que alguno la adquiera de buena fe, extinguiendo así por el principio «posesión vale por título» (§ 1 y II), el derecho del actor (art. 332, Cód. Com.). Tiende, en primer término, a obtener que se fije un plazo a los nuevos poseedores de la letra para *presentarla en juicio* y así hacer posible un juicio de reivindicación de la letra, en el cual si el actor puede demostrar la mala fe o la culpa grave del adquirente, obtendrá la expedición de la letra, y sólo después de transcurrido el plazo y en defecto de presentación, la acción tiende a obtener la declaración *de ineficacia de la letra*.

Es competente, cualquiera que sea el valor, el Tribunal en cuya jurisdicción está el lugar de pago de la letra (art. 330) (1).

La primera fase del procedimiento se desarrolla sobre el recurso del actor ante el presidente. Este examina de oficio: *a)* si existen los *presupuestos procesales* (competencia, capacidad, etc.); *b)* si la *demanda es regular* (particularmente si contiene todas las indicaciones necesarias para la formación del edicto, sobre todo la indicación precisa de la letra); *c)* si existen las *condiciones de la acción*, esto es, el *derecho* y la *legittimatio ad causam* (posesión legítima de una letra suficientemente justificada) y el *interés* (pérdida). El presidente provee, mediante decreto, rechazando la demanda o estimándola. Contra el decreto desestimando, puede reclamar al Tribunal, porque se trata de materia en la cual está llamado a deliberar también el Colegio (§ 20, V) (2). Como en este caso se anticipa la decisión definitiva sobre la admisibilidad del procedimiento que el Tribunal estaría normalmente llamado a producir en la tercera fase, la reclamación deberá proponerse, mediante citación, de los mismos a quienes el art. 331 requiere en la tercera fase el contradictorio, esto es de los obligados. Si faltan obligados, por tratarse de amortización de letra aun no emitida o ya pagada, la reclamación se propone, mediante recurso, al Tribunal en cámara

(1) Aquí se deroga la competencia por valor como en los casos examinados en el § 28, III. La competencia del Tribunal del lugar de pago es funcional (§ 29, I, *b* y IV).

(2) DIANA, *Le funzioni del presidente*, cit., pág. 81.

de consejo con arreglo al art. 778, núm. 2, Cód. proc. civ. El decreto que estima la demanda ordena la publicación del edicto (aviso).

El edicto (o aviso) debe contener la transcripción exacta o una precisa descripción de la letra perdida, y la invitación a *todo el que la posea* a presentarla en secretaría dentro del término de cuarenta días, a partir de la publicación si se trata de letra ya vencida; y en otro caso de cuarenta días, desde el vencimiento (si la letra es negociada o emitida fuera del Reino, se aplican los términos extraordinarios indicados en el art. 321). El perjuicio amenazado a los proveedores en caso de falta de presentación es la *declaración de ineficacia en cuanto a ellos*. El edicto se dirige no a todos los que tienen derecho sobre la letra, sino solamente a los *que eventualmente poseen la letra por hecho posterior a la pretendida pérdida de aquélla por parte del actor*. Las formas de publicidad consisten: a) En la *fijación en la sala* (no en la puerta) del tribunal, en los locales de la bolsa más próxima, y en la sala municipal del lugar de pago; b) En la *inserción* en el diario de los anuncios judiciales del mismo lugar y en los demás diarios que según las circunstancias haya designado el presidente en el decreto. Dentro del plazo puede el actor ejercitar todos los actos que tienden a conservar sus derechos, y al vencimiento de la letra puede exigir el pago con fianza o el depósito judicial de la cantidad (arts. 330, 331). Se da noticia del edicto a los obligados, haciendo oposición al pago (art. 298 Cód. com.)

La tercera fase se desarrolla de distinta manera según que la letra fué presentada en secretaría o no. Presentada la letra (durante o después del término y también después de propuesta la demanda para la declaración de ineficacia, pero antes de la expedición del pleito para la decisión), el proceso por edictos se *transforma*, quedando en el mismo tribunal, en juicio ordinario de reivindicación del título por parte del actor contra el poseedor comparecido. A falta de presentación de la letra, el proceso *continúa* para la declaración de ineficacia de la letra respecto al detentador. La ley quiere que tal declaración sea pedida *en contradictorio de los obligados* (art. 331, I párr.), pero este contradictorio no desnaturaliza el proceso por edictos, al cual, como queda dicho, no es esencial, porque el fin inmediato y urgente de este proceso sigue siendo la amortización y la demanda del actor sigue dirigida contra los

posibles detentadores; nada se pide *contra* los obligados. Estos únicamente son llamados a asistir al pleito porque en esta tercera fase el tribunal debe volver a examinar de oficio todas las condiciones ya verificadas por el presidente, y la presencia de los obligados puede ser útil para que puedan conocer hechos importantes relativos a la letra (a su propiedad, a su pérdida, a su identificación). Su presencia tiene bajo este aspecto una función análoga a la que vimos corresponde a la intervención de oficio (§ 47, III, B). Naturalmente se debe declarar frente a los obligados el hecho material de la existencia de una letra en que ellos figuraban como obligados; pero, aun esto, solo con el fin de la identificación de la letra (1), sin que implique declaración de la verdad de la firma. Lo cual no excluye que aprovechándose de su presencia en el pleito, el actor pueda proponer otras demandas contra ellos (por ej.: condena al pago), y que ellos puedan provocar también una declaración incidental de no autenticidad de la firma o de inexistencia de la obligación (§ 93). El tribunal será competente en todo caso por conexión de pleito (§ 31), salvo proveer con una primera sentencia a la amortización y posteriormente sobre las discusiones. Los obligados pueden también demostrar haber pagado, en el tiempo intermedio, la letra al poseedor, en cuyo caso el proceso por edictos queda sin objeto y puede producirse una contienda entre el actor y el obligado para declarar si el pago tuvo lugar antes o después de la oposición, y si aun habiendo ocurrido después de ésta fué hecho o un poseedor que había adquirido la letra de buena fe y por esto su derecho ahora superaba al del actor; todo esto con el fin de declarar si el obligado debe o no pagar una segunda vez.

La sentencia de exclusión se formula en este caso con la *declaración de ineficacia de la letra respecto del poseedor*. El alcance de tal renuncia es éste, que son excluidas todas las pretensiones que otros podrían alegar sobre la letra por adquisición de ella después de su pérdida, y el actor es reintegrado en el derecho de pedir el pago de la letra *si y como lo habría tenido* si no hubiese perdido la posesión del título. La sentencia de amortización excluye también la pretensión del poseedor que haya adquirido de buena fe la letra antes de la sentencia, pero que no la haya presentado

(1) ROCCO ALFREDO, en *Riv. di dir comm.*, 1903, II, págs. 213 y sigs.; MOSSA, *lug. cit.*, pág. 104.

en juicio; y no solo en el sentido de que éste no puede pedir el pago a los obligados, sino también en el sentido de que éste no puede repetir del actor la suma cobrada (1). Los obligados pueden, pues, y deben pagar al actor; y si ya han pagado mediante fianza, esta queda liberada (art. 331). Pero la sentencia no equivale a condena de los obligados; por consecuencia, éstos pueden oponer a la petición de pago todas excepciones absolutas o personales que habrían podido oponer a la letra, a menos que el actor pidiendo su condena o ellos mismos provocando una declaración incidental hayan dado lugar a una cosa juzgada sobre su obligación. La sentencia, no obstante, aunque no contenga condena, vale como título ejecutivo (2), porque el actor debe ser reintegrado no solo en el derecho de pedir el pago, sino también en la acción ejecutiva, que correspondería al acreedor cambiario si tuviese la posesión del título (§ 10, II y III, C, 3). En cambio no se excluyen con la sentencia de amortización las pretensiones que los terceros pueden ostentar *independientemente de la pérdida* (por ej.: la pretensión del propietario del título a quien el actor lo hubiese robado antes de perderlo o la pretensión de quien había adquirido la letra del mismo actor, el cual falsamente había afirmado haberla perdido); éstas pretensiones como no son alcanzadas por el edicto quedan intactas después de la sentencia; los terceros derechohabientes que no lleguen a prevenir el pago de los obligados al actor, tendrán acción contra este último para la restitución de la suma cobrada.

El efecto de la «declaración de ineficacia» se produce con la publicación de la sentencia (o con el pronunciamiento en Cámara de Consejo). La ley no requiere que ésta sea notificada ni aún por edictos, no admitiéndose al detentador ni impugnar la sentencia ni excepcionar su nulidad, según el principio general antes expuesto. Ni siquiera los obligados pueden impugnar la *declaración de ine-*

(1) BONELLI, *Cambiale*, núm. 366. En contra: VIVANTE, *op. cit.*, número 1.327. VIVANTE invoca la necesidad de salvar el principio de que «la posesión equivale al título».

Pero el proceso de amortización no es sino un atemperamento de este principio, en cuanto sujeta a quien quiere valerse de él con perjuicio del anterior propietario a la obligación de presentar la letra en juicio.

(2) En contra: MORTARA, *Comm. V.* núm. 83, al final; BONELLI, *Cambiale*, núm. 305. Conforme: VIVANTE, *op. cit.*, núm. 1.327, 1.359.

ficacia; solo cuando la sentencia contiene declaraciones o resoluciones que les perjudiquen, se les notifica y puede ser impugnada en esta parte por los procedimientos ordinarios.

B) *Amortización de títulos al portador especiales* (1).—Algunos títulos al portador, no solamente en vista de su circulación localizada, sino de la especial función que desempeñan, como es el incremento del pequeño ahorro, son admitidos por la ley a la amortización; éstas son las *libretas de ahorro y de depósito al portador o considerados como tales* (ley 14 Julio 1887, núm. 4.715, modificada por la ley 9 Abril 1908, núm. 174, ahora texto único 27 Mayo 1909, núm. 473, sobre emisión de duplicados de los títulos

(1) VIVANTE, *Trattato*, III, núm. 1.462 y sgs. Para los títulos al portador (excluidos siempre los de la deuda pública, los billetes de Banco y equivalentes), perdidos o abandonados a consecuencia de la invasión enemiga, la legislación de guerra ha introducido normas excepcionales. Ya el D. lug. 1.º Febrero 1918, núm. 102, había admitido la denuncia de la pérdida a la entidad emisora, con valor de oposición a la transferencia del título y al pago de las cédulas; el poseedor de títulos perdidos, presentando una certificación de depósito expedida por una institución de crédito o un acto notorio, podía cobrar los intereses o dividendos dentro de los tres meses siguientes a la denuncia y el vencimiento de cada cédula, si en el ínterin ninguno se había presentado a reclamar el pago. Si los títulos eran presentados por persona distinta del declarante, y los interesados no se ponían de acuerdo, la contienda se decidía por la autoridad judicial (artículos 32, 33, 34). Posteriormente por el D.-ley 26 Febrero 1920, núm. 215, se estableció que, transcurridos dos años desde la denuncia, el declarante dentro de tres años, a partir del decreto, pueda pedir a la entidad emisora la expedición de un certificado *nominativo* de disfrute, en lugar de los títulos dispersos que quedan acumulados. La expedición viene ordenada por decreto del presidente del tribunal en cuya jurisdicción tiene asiento la entidad emisora, previa demostración de la propiedad del título mediante las pruebas que el presidente estime oportunas y siendo preciso mediante juramento y previa publicación de un aviso con conminación de presentar los títulos o de hacer oposición dentro de un término no inferior a tres meses. Sobre las oposiciones decide el tribunal (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6). Sin embargo, este procedimiento no conduce a excluir los derechos de los terceros; en efecto, los pagos de intereses o del capital libran a la autoridad emisora de toda responsabilidad hacia los terceros, pero no prejuzgan los posibles derechos de éstos hacia quien recibió los pagos (art. 33 D.-ley 1.º Febrero 1918; art. 7 D.-ley 26 Febrero 1920).

de depósitos bancarios), cuyas normas para la amortización fueron después extendidas a las *cartillas de crédito agrario* (ley 26 Julio 1888, núm. 5.588, art. 6).

Es competente, según el valor de la libreta, el prétor o el presidente del tribunal del lugar donde tiene asiento la institución emisora (art. 6, texto único, 27 Mayo 1909) (1). Sólo se excluye aquí al conciliador. En cuanto al presidente del tribunal su competencia se extiende a la totalidad del proceso, excepto la decisión sobre las oposiciones (arts. 9, 10, 11).

El proceso es precedido de un acto extrajudicial de denuncia que el propietario debe hacer *inmediatamente* (no hay prescrita una forma especial; sólo es necesaria la firma), dando todas las indicaciones (intitulación, cantidad, número, etc.), que contribuyen a establecer la identidad y la posesión de la libreta que se asegura *perdida, robada o destruida* (2). La institución se hace cargo de la denuncia y pone el *fermo*, (firme, quieto), a la partida del depositante, suspendiendo los *reembolsos* (no los *depósitos* posteriores) sobre la libreta.

El procedimiento se abre mediante *recurso* que se presentará dentro de los *quince* días a partir de la denuncia, con todas las pruebas pertinentes para demostrar la propiedad de la libreta. Se transmite una copia simple del recurso, certificada a la institución dentro de los *veinticinco* días a partir de la denuncia. Transcurridos dichos términos, el *fermo* se tiene por no puesto (art. 7).

El conocimiento sobre el fondo de la demanda, al contrario del juicio de amortización de la letra, en que se reserva al tribunal que es competente *en la tercera* fase, tiene lugar en cambio *aquí en la primera* fase. Se desarrolla *en cámara de consejo* (§ 14 bis;

(1) Competencia funcional (§ 29, 1, b y IV).

(2) Se admite que las instituciones consideradas por esta ley puedan regular en sus estatutos especialmente esta materia. V. ley 27 Mayo 1909, art. 13. Así se decidió que una Caja de ahorro puede extender el procedimiento para la emisión de un duplicado a cualquier caso en que se discuta sobre la propiedad de la libreta (ej.: por falta de restitución de un depósito de arrendatario); Cas. Roma, 20 Marzo 1917 (*Giurisprud. Ital.* 1917, I, página 902). En esto no ha de verse una derogación del principio que prohíbe el «proceso convencional» (§ 4, II), sino más bien el conferimiento de un poder especial (casi reglamentario) a estas entidades.

I; § 44, IV, a; más adel. § 95 bis), y consiste en el examen de las pruebas ofrecidas en el recurso, confrontadas con la cuenta de la libreta que la institución debe transmitir reservadamente al magistrado mediante copia simple y con las posteriores informaciones reservadas que según los casos podrá el magistrado pedir de oficio a la institución. Cuando ésto no baste, el recurrente podrá ser llamado ante el presidente o el pretor para dar las aclaraciones y demás pruebas que falten y para aseverar el recurso con juramento (art. 8). El presidente o pretor, si no encuentran atendibles los hechos y convincentes las pruebas, desechan el recurso mediante decreto. Pero esta resolución, aunque de naturaleza contenciosa porque va dirigida a un procedimiento contencioso, no produce cosa juzgada sea por la falta de contradictorio propio o impropio, sea por la naturaleza meramente preparatoria de la primera fase del proceso; su fin no es la declaración. El actor podrá a su elección reproponer la demanda o impugnar (sin plazo) el decreto. La impugnación se hace mediante reclamación a la autoridad judicial superior (1), esto es, al presidente de la Corte de apelación o al tribunal (art. 78; § 95 bis, II al fin), respectivamente. En cambio si el decreto estima la demanda, declara definitivamente el *jermo* e invita *al desconocido detentador de la libreta a presentarla en la secretaría y a hacer valer en un término no inferior a seis meses las propias oposiciones contra el denunciante* (art. 9). Puede ordenarse al denunciante que preste fianza.

Son medios de publicidad la *fijación* en el aula del tribunal o pretura, en el Registro Municipal del lugar de pago, en las oficinas de la institución y (cuando el magistrado crea que debe prescribirlo) en los locales de la Bolsa más cercana; además de la *inserción* en el diario de los anuncios judiciales, o (si el magistrado lo estima oportuno) en los diarios de más circulación del lugar donde ocurrió la pérdida y en la *Gazzetta ufficiale* del Reino (art. 9).

Si dentro del término alguien hace valer oposiciones contra el denunciante, decide sobre ellas el pretor o el tribunal a que pertenezca el presidente que produjo el decreto. En otro caso *se considera como anulada* la libreta (art. 10). El término es, pues, perentorio, puesto que la nulidad es efecto propio del transcurso del

(1) No se puede reclamar contra el decreto del presidente del tribunal, al Colegio, el cual en este procedimiento no tiene parte (§ 20, V).

término. Sin embargo tal efecto viene *declarado* mediante un nuevo decreto del presidente o del pretor que ordena a la institución expedir al denunciante un *duplicado* de la libreta anulada, libera la fianza si fué prestada y produce cosa juzgada sobre la exclusión de derechos de los terceros sobre la libreta, incluso adquiridos con buena fe, con tal que lo sean *por consecuencia* de la pérdida de la misma. En cambio quedan a salvo los derechos que los terceros pueden pretender sobre la libreta *independientemente de la pérdida*, como hemos visto en la amortización de letras de cambio; con la única diferencia de que el poseedor de la letra que no es alcanzado por la declaración de ineficacia de ésta, puede siempre ejercitar los derechos cambiarios a base del título, con tal que logre prevenir el pago de los obligados al titular de la sentencia de amortización, mientras que la expedición de un duplicado de la libreta hace inevitable la acumulación de la primera libreta respecto de todos, y por tanto extingue los derechos que el poseedor de la primera libreta tiene respecto de la institución en dependencia de la misma libreta; no obstante el poseedor podrá no solo pedir la condena del actor a pagarle la totalidad de la libreta, sino reivindicando el duplicado de ésta, readquirir sus derechos respecto de la institución. No es otro el sentido del art. 11 que dispone que «*la nulidad del título perdido, extinguiendo los derechos del poseedor frente a la institución, no perjudica los posibles derechos del mismo poseedor respecto de quien obtuvo el duplicado*» (1).

C) *Amortización de títulos nominativos* (2).—Puesto que el paso de propiedad de los títulos nominativos para ser operativo respecto de la institución, debe resultar de un acto escrito, que la institución anota en sus registros retirando el título viejo y dejando el nuevo, la necesidad de tutelar a los adquirentes de buena fe es aquí menos sentida; por eso se entiende que de un lado sea la ley más amplia en admitir la amortización de los títulos nominativos, y de otro no sienta la necesidad de garantizar su regularidad y de declarar su efecto con la intervención del magistrado. Trátase aquí de meros procedimientos administrativos o privados regulados por la ley, pero que no tienen importancia para nuestra exposición,

(1) En contra: VIVANTE, *op. cit.* núm. 1.327 al final.

(2) VIVANTE, *op. cit.* núm. 1.005 y sgs.

en cuanto que al juez se recurre únicamente para hacer decidir en vía ordinaria las posibles oposiciones (1). Así ocurre con los bonos fructíferos, libretas de cuenta corriente y libretas de ahorro nominativas (ley citada de 27 Mayo 1907, núm. 437, arts. 1, 2, 3, 4, 5); con los títulos nominativos de deuda pública (texto único, leyes sobre D. P. 17 Julio 1910, núm. 536, art. 47, y reglamento correspondiente 19 Febrero 1911, núm. 289, art. 73 y sgs.); con las cartillas de crédito fundiario (regl. 5 Mayo 1910, núm. 472, art. 27 y sgs.); con las libretas de las cajas de ahorro postal (ley 27 Mayo 1875, núm. 2.779, art. 11 y regl. 11 Junio 1903, núm. 394, art. 41 y sgs.); con las obligaciones ferroviarias (regl. 16 Noviembre 1886, número 4.181, art. 32 y sgs.); con las pólizas de depósito en las cajas de depósitos y préstamos (regl. 25 Agosto 1863, núm. 1.444, art. 178 y sgs.) (2).

IV. *Desvinculación de fianzas.*—La fianza a que vienen obligados algunos funcionarios públicos, prestada no solo en interés del Erario sino del público, no se desvincula total ni parcialmente sino mediante un procedimiento por edictos públicos, en los que se señala un término para proponer y a falta de proposición se excluye toda pretensión de prelación para alguna de aquellas posibles acciones, correspondientes a desconocidos, en garantía de las cuales fué prestada la fianza. Un caso típico nos lo proporciona la *fianza notarial* (ley 25 Mayo 1.879, núm. 4.900, art. 38; nueva ley de 16 febrero 1913, núm. 89, art. 41). Es competente el tribunal civil en cuya circunscripción tiene asiento el consejo notarial de quien depende la última residencia del notario muerto o cesado. No existe un procedimiento de admisión del edicto para la publicación. Son formas de publicidad la *inserción* de la demanda de desvinculación en extracto y por dos veces con intervalo de diez días en el diario de los anuncios judiciales *de las provincias* a que pertenezcan las residencias en las cuales el notario ha ejercido su

(1) La competencia (funcional) para conocer de estas oposiciones corresponde normalmente a la autoridad judicial del lugar donde tiene asiento la institución (§ 29, 1, b, IV).

(2) Contra la aplicación analógica a otros títulos nominativos. V. VIVANTE, III, núm. 1.007; SEGRÉ, en la *Riv. di dir. comm.*, 1915, II, p. 589 y sgs.

oficio y la *fijación* a la puerta *de las casas* consistoriales de los lugares donde el notario ha tenido posteriormente su residencia y a la puerta de las respectivas *oficinas* de registro. El perjuicio implícitamente amenazado para la falta de oposición consiste en la pérdida del derecho de prelación. Las oposiciones se formulan en la secretaría del tribunal. Transcurridos seis meses desde la última inserción y fijación sin oposiciones, el tribunal pronuncia la exclusión de toda pretensión de prelación con la fórmula «desvinculación de la fianza». El tribunal provee en Cámara de Consejo, *oido el Ministerio Público*. El término no es perentorio; pueden notificarse oposiciones hasta que el tribunal provea. Sobre las oposiciones pronuncia el mismo tribunal en vía ordinaria. Las pretensiones que pueden ser hechas valer con oposición a la desvinculación, son las acciones para resarcimiento de daños causados por el notario en el ejercicio de sus funciones, además de las otras pretensiones públicas citadas en el art. 22 de la ley 16 Febrero 1913. Ya se comprende que con la desvinculación estas pretensiones no desaparecen por sí mismas, sino que únicamente desaparece el derecho de prelación en su favor sobre la fianza. Oposiciones para otras pretensiones (por ej.: crédito por mutuo), no son admisibles ni podrían impedir la desvinculación, salvo hacerse valer sobre la fianza en vía ordinaria como sobre cualquier otro bien del deudor.

Diversas normas contiene la ley para la desvinculación de la fianza de los *conservadores de las hipotecas* (texto único de 13 Septiembre 1874, núm. 2.079, sobre las tasas hipotecarias; nuevo texto único 6 Enero 1918, núm. 135). Aquí falta el edicto público. Tiene lugar un término mayor de *diez* años, después de terminada la carga, durante el cual la fianza prestada «en interés del público» debe quedar vinculada (art. 29; art. 32, nuevo texto). Transcurrido el decenio sin que hayan sido propuestas acciones contra el conservador y sus herederos y sin que tales acciones hayan sido notificadas en la Secretaría de la Corte de apelación, en cuyo distrito ha cesado la oficina del conservador, la desvinculación se pronuncia mediante decisión de la misma Corte.

V. *Declaración de ausencia* (1).—Una posición enteramente

(1) MORTARA, *Commentario*, V, núm. 482 y sgs.; BIANCHI, *F. S., Corso di Cod. civ. ital.*, IV, núm. 129 y sgs. BAUTISTA, *Del domicilio dell'as-*

particular tiene el procedimiento para declaración de ausencia. Aquí tenemos el edicto público, pero no dirigido a *desconocidos* titulares de determinadas pretensiones, aunque utilizado como el único modo posible de hacer llegar a una persona *desconocida*, pero de existencia incierta porque es ausente—esto es (Cód. civil art. 20) que *ha dejado de comparecer en el lugar de su último domicilio o de su última residencia sin que de él se tengan noticias*—conocimiento del proceso. Además, el perjuicio con que se amenaza al ausente no consiste en la *exclusión* de sus derechos, sino únicamente en la emanación—en caso de su silencio—de resoluciones eventuales en favor de otros y que pueden volverse en su daño. Mientras que la ausencia es solamente *presunta* (o sea en los tres primeros años), la intervención del magistrado, provocada por los interesados y por los herederos presuntos o por el Ministerio público, tiende exclusivamente a la tutela *del ausente* (que no haya dejado procurador), mediante el nombramiento de quien lo represente en juicio, o en la formación de inventarios o cuentas, o en las liquidaciones y divisiones en que esté interesado y mediante las resoluciones necesarias para la *conservación* de su patrimonio (Cód. civ. art. 21), y tiene por tanto naturaleza de jurisdicción voluntaria (§. 14 bis, II, 2). Pero cuando (Cód. civ. arts. 22, 26) después de tres años continuos de ausencia presunta (o después de seis si el ausente dejó un procurador para administrar), los presuntos herederos legítimos o los testamentarios y aquellos que crean tener sobre los bienes del ausente *derechos dependientes de su muerte*, piden la declaración de ausencia como medio de obtener la *introducción en los bienes* del ausente, o *el ejercicio eventual* de los derechos sobre sus bienes (legados, donaciones, liberación de los bienes propios, del usufructo perteneciente al ausente, terminación de la comunidad de bienes con el ausente (Cód. civ. artículos 1.071, 515, 1.551, etc.), nos hallamos claramente en el campo de la jurisdicción contenciosa, porque ya no se trata únicamente de proveer a la conservación de los bienes del ausente, sino también de no dejar por demasiado tiempo en suspenso aquellos derechos que corresponderían a los actores si el ausente hubiese muerto, y

senza, etc., Turín, 1914, p. 313 y sgs y en general los civilistas sobre los arts. 20 y sgs. Cód. civ. y los procesalistas sobre los arts. 793 y sgs. Código proc. civ.

por lo tanto de *actuarlos* provisionalmente en contradictorio con el ausente (aquel contradictorio impropio que se obtiene con el edicto público).

Es competente el tribunal del último domicilio o de la última residencia del ausente. Estas dos competencias (funcionales) son concurrentes *sucesiva no alternativamente* (§ 30, I, c y § 29 b, IV).

No es admisible la libre elección del actor donde la competencia está determinada por la función, esto es, por la necesidad de facilitar la declaración de la ausencia (1).

Si son actores los herederos legítimos, la demanda se propone mediante recurso y el tribunal provee en Cámara de Consejo (Código civ. art. 22; Cód. proc. civ. arts, 494, 778, núm. 2). Si son actores los herederos testamentarios y aquellos que creen tener sobre los bienes del ausente derechos dependientes de su muerte, en este caso, además del contradictorio impropio con el ausente tiene lugar el contradictorio propio con los herederos legítimos (Cód. civ. art. 22) y con los testamentarios (art. 26) y por consecuencia, la demanda se propone mediante citación y se procede en las vías ordinarias (Cód. proc. civ. art. 794); este contradictorio no es meramente complementario, sino esencial, porque la demanda de los actores implica necesariamente exclusión o limitación del derecho de los demandados.

El objeto inmediato de la demanda de declaración de ausencia es *la admisibilidad del edicto*. El tribunal debe, a tal fin, verificar tanto los *presupuestos procesales* (competencia, capacidad, etcétera), como las *condiciones de la acción* (esto es, la calidad de quien obra, la identidad de la persona del ausente con aquella de cuyos bienes se trata, el hecho de la ausencia, etc.). Si la demanda es rechazada, la sentencia puede ser impugnada mediante apelación o reclamación, según que hubiese o no contradictorio. Si la demanda es admisible, el tribunal ordena que sean asumidas informaciones. Esta resolución que tiene valor de sentencia interlocutoria, puede ser impugnada en apelación por los herederos legítimos, si éstos fueron demandados. De todos modos se produce con edicto público que se dirige tanto al ausente como a todos los que pueden dar informaciones. Son *formas de publicidad* la *fijación* de la resolución a la puerta del último domicilio o de la última residencia

(1) BIANCHI, *op. cit.*, IV, p. 524.

del ausente y la *inserción* en extracto y por dos veces, con el intervalo de un mes, en el diario de anuncios judiciales del distrito o en el diario oficial del Reino; pero además de esto requiere la ley la notificación al procurador del ausente (si existe) (Cód. civ. artículo 23).

Transcurridos *por lo menos* seis meses desde la segunda publicación y asumidas informaciones en la forma que mejor crea y con libertad de poderes (derogación de los principios comunes, § 47), el tribunal pronuncia sobre la demanda de declaración de ausencia (art. 24). Esta sentencia puede tener un doble carácter: vale en todo caso como pronunciamiento, y como tal, ya sea estimatoria ya desestimatoria, es notificada si hubo contradictorio, y puede ser impugnada mediante reclamación o apelación, según los casos. Cuando es estimatoria, esto es, si declara la ausencia, vale también como nuevo edicto público, dirigido al ausente para conminarlo implícitamente a que, si dentro de seis meses no da sus noticias, el tribunal ordenará la apertura de sus actos de última voluntad, si existen, pondrá a los herederos en la posesión provisional de sus bienes y admitirá a los interesados al ejercicio provisional de sus derechos. A tal fin, la sentencia que declara la ausencia es publicada con arreglo al art. 23 y notificada al procurador del ausente si existe (arts. 25, 26).

Transcurridos los seis meses siguientes a la segunda publicación de esta sentencia, el tribunal, a instancia de cualquier interesado o del ministerio público ordena la apertura de los actos de última voluntad del ausente, si existen, y finalmente:

1.º A instancia de los herederos testamentarios, si existen, en contradictorio de los legítimos introduce a los primeros (o sus herederos) en la posesión temporal de los bienes, lo cual les atribuye la *administración* de los bienes del ausente, el derecho de promover o sostener en juicio sus derechos y el *goce de las rentas* menos una cuota de reserva de un quinto en los primeros diez años, de un décimo en los veinte posteriores si son colaterales dentro del sexto grado, y de un tercio y de un sexto, respectivamente, si son colaterales más allá del sexto grado o extraños (Cód. civ. arts. 26, 27, 28, 29, 30 y 31).

2.º A falta de herederos testamentarios, con recurso de aquellos *que hubieran sido herederos legítimos si el ausente hubiese muerto en el día al cual se remonta la última noticia de su exis-*

tencia, introduce a éstos (o a sus herederos) en la posesión temporal de los bienes y de los derechos inherentes como antes vimos.

3.º A instancia de otros posibles interesados, en contradictorio de los herederos, admite a los mismos al ejercicio temporal de los derechos que tendrían si el ausente hubiese muerto (Cód. civil artículo 26).

En estos casos el tribunal prescribe fianza y determina su alcance (Cód. proc. civ. art. 795); o cuando ésta no pueda ser prestada, ordena las demás precauciones que estime convenientes (Cód. civ. arts. 26 y 27). En los dos primeros casos además debe procederse al inventario de los muebles y descripción de los inmuebles (art. 29).

4.º A instancia del cónyuge, en contradictorio de los herederos, asigna al mismo, en caso de necesidad, una pensión alimenticia, según la condición de la familia y la importancia del patrimonio del ausente (Cód. civ. art. 26).

Estas sentencias tienen naturaleza declarativa en cuanto determinan los herederos legítimos, *remontándose al momento de donde parte la presunción de ausencia*, pero en cuanto atribuyen a tales herederos derechos estables, como la percepción total o parcial de las rentas (arts. 30 y 31); en cuarto obran aunque sea temporalmente la consolidación de un usufructo (art. 515), la reversión de bienes donados (art. 1.071), la división de la comunidad (art. 1.441), la apertura de la tutela (art. 241) y aquella relajación del vínculo matrimonial que se manifiesta indirectamente con la limitación del derecho de impugnar el nuevo matrimonio del cónyuge del ausente (art. 113), todos estos efectos, que se verifican con el pronunciamiento de tales sentencias, les atribuyen naturaleza constitutiva.

La eficacia de estas sentencias varía según que se considere respecto de las *partes*, de los *terceros* y de los *ausentes*.

Entre las *partes* las sentencias causan estado, en cuanto hayan pronunciado sobre sus recíprocas pretensiones, por ej., resolviendo un conflicto entre herederos testamentarios y legítimos, reconociendo la reversibilidad de una donación, estimando la demanda del nudo propietario para la consolidación del usufructo, etc. Pero todas estas cosas juzgadas se fundan en una hipótesis y están sujetas a la posibilidad de desaparecer totalmente (y por tanto aun

entre las partes). En primer lugar por el regreso del ausente o porque se pruebe su existencia (art. 33); si por ej. después de regresar el ausente falleciere y surgiere de nuevo entre las mismas partes la misma contienda ya decidida, ninguna podría invocar la sentencia precedente. En segundo lugar, porque se pruebe la fecha de la muerte del ausente, puesto que en este caso se abre la sucesión en beneficio de los que en aquella época eran sus herederos legítimos o testamentarios o de sus sucesores (art. 34); y por tanto podrá suceder que aquellos que han disfrutado los bienes sean obligados a restituirlos a las mismas personas que antes habían sido vencidas frente a ellos.

En cuanto a los *terceros* causa estado solo como *res inter alios judicata* (§ 80). Por tanto si, durante la posesión temporal, alguien prueba haber tenido, al tiempo de donde parte la presunción de ausencia, un derecho preferente o igual al del poseedor, puede excluir a éste de la posesión o hacerse asociar a aquél, pero no tiene derecho a los frutos sinó desde la demanda.

En cuanto al *ausente*, como queda observado, la declaración de ausencia no excluye ningún derecho suyo, pero da lugar a resoluciones que pueden perjudicarlo, como la privación total o parcial de las rentas de sus bienes durante la posesión temporal de los introducidos (arts. 30 y 31), la pérdida temporal de un usufructo (artículo 515), del disfrute de los bienes habidos en donación (artículo 1.071), etc. Su regreso o la prueba de su existencia *hacen cesar* de derecho para el porvenir los efectos de la declaración de ausencia (art. 33); pero él debe reconocer los efectos que ya se han verificado, la validez de los actos realizados en los límites de la simple administración o también con las autorizaciones exigidas por el artículo 29; así la de los actos de patria potestad o de tutela sobre los hijos con arreglo a los arts. 46, 241 Cód. civ. (no podría impugnar, por ej., el matrimonio del hijo por defecto del propio consentimiento). Algunos efectos de la declaración de ausencia son por tanto *definitivos*. Para destruir los efectos ya verificados el ausente, como sabemos, no tiene otro remedio que impugnar la sentencia de declaración de ausencia con la demanda de revocación; podrá por este medio obtener de los introducidos en posesión la restitución de la totalidad de las rentas; pero en cuanto a los derechos adquiridos por los terceros se aplicará el principio general en su lugar enunciado (§ 82, VII).

La introducción en la posesión definitiva a la cual se procede con arreglo a los art. 36 y sgs. Cód. civ., no requiere un nuevo edicto. Sólo libera a los introducidos de toda caución y de toda limitación en la libre disposición de los bienes; y el derecho del ausente se constriñe a recuperar los bienes en el estado en que los encuentre o a la consecución del precio debido por los bienes enajenados o de los bienes en los cuales fué afectado. Se provee en Cámara de Consejo, mediante recurso de los interesados, previa declaración del transcurso de treinta años desde la introducción en la posesión temporal o de cien años desde el nacimiento del ausente, si las últimas noticias de él se remontan a tres años atrás, por lo menos.

Las costas de estos procedimientos, si hubo contradictorio verdadero y propio, son a cargo del vencido según la regla general; pero en los respectos del ausente los actores soportan las costas producidas.

VI. *Sucesión de militares desaparecidos* (1).—Merecen mención las particularidades del proceso por edictos que fué introducido temporalmente (por cinco años) para la sucesión de militares,

(1) Una «deklaración de muerte» como institución general no se encuentra en nuestro derecho. La «deklaración de muerte» con el efecto de hacer presumir la muerte y de regular todas las relaciones con los terceros—incluso el matrimonio, a base de esta presunción, es conocida en el derecho germánico (Cód. civ. § 13 y sgs.; § 1.349 y sgs., etc.; Regl. procesal § 960 y sgs). V. CRANE, *System. des d. B. R.*, I, § 40; HELLWIG, *System.*, II, § 259. Para comparaciones con el derecho francés e italiano HANSMEISTER, lec. cit. pág. 459 y sgs.; SEGRÉ-G., *Sulla parte generale Cód. civ. germánico*, en la *Riv. ital. per le scienze giur.* 1900, pág. 35 y sgs. del extracto.

Sin embargo, leyes especiales han introducido también entre nosotros una presunción de muerte para el caso de desaparecidos en guerra. Algunas con efectos limitados (pensiones o sucesiones). Para las pensiones v. ley 2 Julio 1896, núm. 256, para la guerra de Africa, extendida por la ley 22 Marzo 1913, núm. 484 a la guerra italo-turca y por el R. D. 27 Junio 1915, núm. 1.103 a la guerra europea. Para la retirada de objetos, cantidades y plazos de sueldos de los desaparecidos en la guerra europea, D.-ley 17 Febrero 1916, núm. 180. Son procedimientos meramente administrativos y sin empleo de edicto público. Para la sucesión de los militares desaparecidos en la guerra de Africa v. el texto. En cambio son más amplios los efec-

empleados y obreros desaparecidos en la colonia Eritrea con anterioridad al 1.º Enero 1897. Dispone la ley 11 Julio 1904, núm. 439 que, a base de la declaración *de no poderse hallar*, conforme al art. 2 de la ley 2 Julio 1896, núm. 256, los que tengan derecho a la herencia son admitidos a pedir la apertura de los actos de última voluntad y la consecución de los derechos sucesorios. Es competente el tribunal del último domicilio del desaparecido. La demanda, *antes de ser examinada*, se inserta dos veces, con el intervalo de un mes, en el diario de los anuncios judiciales del distrito y en el diario oficial del Reino, y *fijada* durante tres meses en el registro del tribunal de la colonia en Asmara. El edicto se dirige implícitamente al desaparecido y a todos los que pueden tener interés ya en oponerse a la apertura de la sucesión, ya en excluir de ésta a los actores, y el perjuicio amenazado consiste en la publicación de los actos de última voluntad y en la apertura de la sucesión en favor de los actores (art. 132).

Si se dan oposiciones el Tribunal mandará a las partes ante la autoridad judicial competente (si se trata de contienda hereditaria, la competencia pertenecerá al mismo Tribunal con arreglo al artículo 94, Cód. proc. civ.; § 30, IV, C); en otro caso, el Tribunal, proveyendo en Cámara de consejo, verificados los presupuestos procesales, la regularidad del procedimiento, el derecho de los actores y el hecho de no poderse hallar, ordenará la publicación de

tos (libertad de contraer nuevo matrimonio), de la presunción de muerte regulada por el D.-ley 15 Agosto 1919, núm. 1.467, relativo a los desaparecidos en la guerra europea. Pero falta aquí el edicto público; el contradictorio se obtiene mediante la notificación de la demanda al cónyuge o a los parientes más próximos hasta el cuarto grado y en todo caso al Ministerio público (art. 5), se prescribe solamente la fijación por extracto de la sentencia a las puertas del local de la autoridad judicial que la ha pronunciado, pero esta fijación no tiene relación alguna con el término para impugnar (arts. 11, 12, 13).

Un caso particular de declaración de muerte con edicto fué ocasionado por los terremotos recientes. V. el R. D. 17 Enero 1909, núm. 23, concerniente al terremoto 28 Diciembre 1908 y el R. D. 7 Febrero 1909, núm. 62. (Es un procedimiento administrativo en el cual vale como edicto la lista de los presuntos muertos, redactada y publicada por los funcionarios del Registro civil antes de redactar el acto de muerte. Sobre las oposiciones decide el pretor; de la resolución del pretor puede reclamarse al tribunal).

los actos de última voluntad. Esta resolución vale como nuevo edicto, porque el Tribunal debe prescribir las formalidades de publicación y de fijación que estime necesarias, con nuevos términos no mayores de los dichos, lo que implica confirmación de la invitación precedente y además invitación a cuantos conozcan la existencia de actos de última voluntad a darlos a conocer.

Además, el Tribunal puede prescribir *la notificación a todos los derechohabientes*. Esta notificación, sin embargo, no vale como citación para comparecer, porque vencidos los nuevos términos sin oposiciones, el procedimiento continúa siempre en Cámara de consejo: *el Tribunal, mediante sentencia en Cámara de consejo, admitirá a los derechohabientes a la consecución de sus derechos sucesorios* (art. 3).

Si no toman parte en el procedimiento todos los que «podrían tener derecho» en el patrimonio del desaparecido, el Tribunal puede no admitir a los requirentes el ejercicio de sus derechos, sino mediante fianza o con las precauciones que estime necesarias (art. 3, párr. 3.º).

La sentencia es susceptible de apelación, según las normas comunes, pero no llegará a ser ejecutiva, sinó después de inscrita dos veces, con el intervalo de quince días, en el diario de los anuncios judiciales del distrito, y en el diario oficial del Reino, y después de transcurridos sin oposición dos meses desde su fijación en el registro del Tribunal. Toda oposición viene notificada a la secretaría de la Corte de apelación y será remitida a la autoridad judicial competente (art. 3, últ. párr.).

Para la determinación de los herederos legítimos se tiene en cuenta la época de la desaparición resultante del certificado de no poderse hallar o, en su defecto, el 31 Diciembre 1886. Pero «no queda precluso» a los interesados probar en cualquier tiempo la existencia del desaparecido o que la desaparición tuvo lugar en época distinta; en tal caso, el desaparecido que retorna podrá recuperar los bienes, pero quien obtuvo la posesión de los bienes hereditarios es considerado poseedor de buena fe y quedan a salvo los derechos adquiridos por los terceros con arreglo al párrafo primero del art. 933, Cód. civ. y aquellos que habrían sido herederos o legatarios en el verdadero momento de la desaparición pueden reclamar los bienes, salvo a los poseedores los derechos ad-

quiridos por la prescripción y los efectos de buena fé en cuanto a los frutos (art. 5 en relación con el art. 41, Cód. civ.).

Parece de la totalidad de estas normas que el proceso por edictos en este caso excluye también las pretensiones de los que tienen derecho a la herencia en el presunto momento de la desaparición, de que habla el art. 32, Cód. civ., esto es, que no participaron, ni como actores ni como oponentes al proceso, a menos que el Tribunal, habiendo declarado de oficio su existencia, no haya proveído a garantizar sus derechos con arreglo al art. 3, párrafo tercero de la ley (1).

(1) Sin embargo, la ley es tan defectuosa en la sustancia y en la forma que hace esta conclusión muy complicada: