

cionario puede pedir que se consignen en un depósito público las cantidades debidas al ausente. (1) Con posterioridad á esta sentencia una ley de 20 de Diciembre de 1823 ordenó que se entregara en la caja de las consignaciones el numerario que pertenezca á los que se presuman ausentes, y que se recibiría en virtud de las disposiciones de los arts. 112 y 113. Al Ministerio Público corresponde cuidar de la ejecución de esta ley.

139. La aplicación del art. 114 da lugar á una cuestión sobre la cual están divididos los autores. Se pregunta si el Ministerio Público puede ejercer las acciones que corresponden al ausente ó si debe limitarse á solicitar el nombramiento de un curador que promueva en nombre del ausente. La Corte de Metz ha decidido que el Ministerio Público sólo está encargado de promover por sí mismo por las personas cuya esencia se presume y hacer valer los derechos é intereses de esas personas. (2) Esta es la opinión seguida generalmente por los autores, y creemos que está fundada en los principios verdaderos. Dar al Ministerio Público el derecho de intentar acciones en nombre del ausente sería convertirlo en administrador; ahora bien, no es esa su misión, como tampoco es ese el objeto del artículo 114: los representantes del Ministerio Público desempeñan sus funciones cerca del tribunal á que están adscritos; en material civil se unen á las partes en litigio, ó en los casos previstos por la ley promueven por sí ante el tribunal; tal es el caso del art. 114. ¿De qué se trata en este artículo? De proveer á los intereses del ausente. ¿Quién prescribe esas medidas? El tribunal. ¿Quién las solicita? El Ministerio Público. A eso se limita su acción. Si, pues, hay

1 Sentencia de 26 de Abril de 1821 (Daloz, en la palabra *Ausentes*, núm. 79).

2 Sentencia precitada de 15 de Marzo de 1823. Consúltense á Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 81. Demolombe, t. II, p. 39, núm. 30.

derechos que perseguir el Ministerio Público promoverá el nombramiento de un curador, pero no desempeñará por sí mismo las funciones de tal.

§ II.—EFECTOS DE LA PRESUNCIÓN DE AUSENCIA EN CUANTO A LOS BIENES DEL AUSENTE.

140. El art. 112 encarga al tribunal tome las medidas necesarias para la administración de los bienes del ausente. Se preguntó al Consejo de Estado cuándo debía intervenir el tribunal. «Sería difícil, contestó Portalis, fijar el plazo dentro del cual se debe proveer á la conservación de los bienes del ausente; se necesita juzgar de ello en vista de las circunstancias. No hay peligro en que los tribunales tengan el derecho de sujetarse en el particular por la urgencia y á fallar según los casos.» El art. 112 está concebido en ese sentido. «Si hay necesidad,» dice la ley. La necesidad es, pues, la que da al juez el derecho y lo coloca en el deber de intervenir. La simple utilidad no bastaría. El tribunal no está llamado á aumentar el patrimonio del ausente, está llamado á conservarlo. Hay, además, un motivo de orden público que le ordena proceder con la mayor reserva. Nuestras antiguas costumbres dicen que cada cual en su casa es rey; es preciso que los magistrados respeten este asilo sagrado; no deben penetrar en él sino en caso de absoluta necesidad. ¿Cuándo se puede decir que hay esa necesidad? Al discutirse el título III en el Consejo de Estado Tronchet citó como ejemplos: si las tierras permanecen abandonadas, sin cultivo; si la casa no está habitada, si se deterioran los muebles, los géneros y las mercancías. Es inútil detenerse en estas aplicaciones, puesto que la necesidad es esencialmente una cuestión de hecho. Hé ahí por qué el tribunal no debe intervenir si el ausente ha dejado un procurador autorizado competentemente. En ese caso

ya no hay necesidad toda vez que el mismo ausente ha providenciado la administración de sus bienes; sólo que la procuración no fuese bastante extensa, ó si llegare á cesar, la necesidad daría de nuevo al juez el derecho y la misión de proceder. (1)

141. ¿Qué medidas puede ó debe prescribir el tribunal? No lo dice el Código; el tribunal determinará, dice el artículo 112. Sin embargo, el legislador señala una regla que sirve de guía y de límite al juez: "Si hay necesidad de proveer á la administración *de todo ó parte* de los bienes dejados por una persona cuya ausencia se presume." El tribunal no puede prescribir, pues, más que las medidas necesarias. Si la necesidad existe para todo el patrimonio del ausente el tribunal proveerá á él; si basta tomar medidas para ciertos bienes el tribunal limitará su acción á la estricta necesidad. Antes era uso nombrar un curador encargado de administrar los bienes del ausente. El Código no lo ordena ni lo prohíbe. Quiere decir que los tribunales tienen un poder discrecional. En el derecho antiguo era costumbre nombrar un curador al ausente; pero, dice Bigot-Préameneu, tomados esos administradores con demasiada frecuencia de entre los agentes de negocios han sido culpables de dilapidaciones; repitiéndose los casos en que, aun siendo de buena fe, ya por ignorancia, ya por descuido, han causado la ruina del ausente. Llegó á tal extremo el abuso que el legislador prohibió que se nombraran curadores. (2) En el Consejo de Estado se demostró también una extrema desconfianza contra ellos. Es una exageración, dice Regnier. La necesidad puede exigir que el tribunal provea á la administración de todos los bienes dejados por el ausente; así es que será necesario nombrar un administrador general, á quien se le da el nombre de curador ó de

1 Toullier, *El derecho civil francés*, t. I, p. 335, núm. 389.
2 Ordenanza de 1667, tít. II, art. 8.º

gerente, lo mismo da. Además, el tribunal puede prescribir garantías y el Ministerio Público cuidará de que sean protegidos los intereses del ausente. (1) Prevalció esta opinión. Bigot-Préameneu dice en la Exposición de los Motivos que no está prohibido el nombramiento de curadores, que lo harán los tribunales si lo estiman necesario, pero buscando todos los medios de evitar los inconvenientes á que expone esta medida. (2) La jurisprudencia se ha declarado en este sentido. (3) Naturalmente el tribunal es el que nombra un curador que se sujete á los poderes que quiera concederle. Pero estos poderes no pueden traspasar los límites de la administración, puesto que en el primer período de la ausencia se hace todo en interés de la persona cuya ausencia se presume y para la conservación de sus derechos. Lo dice el art. 112; no se trata más que de administrar el todo ó parte del patrimonio del ausente.

142. El tribunal tiene, pues, en principio plena facultad para prescribir las medidas que juzgue necesarias. No hay más que una excepción; la ley prevee un caso en el que dice lo que el juez debe hacer. El art. 113 expresa: Si el ausente está interesado en inventarios, cuentas, particiones y liquidaciones, el tribunal nombrará un notario que lo represente. ¿Por qué no se ha remitido el legislador á la prudencia del juez en este caso especial? Si la ley da poder pleno al juez cuando se trata de proveer á la administración de los bienes de un ausente es porque sería imposible prescribir las medidas que exigen las circunstancias, las cuales, dependiendo de los hechos, varían hasta lo infinito. No es igual cuando el ausente está interesado en la liquidación de una herencia; la naturaleza de los dere-

1 Sesión del Consejo de Estado de 24 Fructidor, año IX (Loché, t. II, p. 223, núm. 20).

2 Loché, *Legislación civil*, t. II, p. 253, núm. 10.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 95

chos que hay que proteger indica que el mejor defensor que puede tener el ausente es un notario. Así lo tenía ya decidido una ley de 11 de Febrero de 1791. Los autores del Código han conservado esta disposición en interés del ausente, lo mismo que por desconfianza contra los curadores. (1)

La aplicación del art. 113 da lugar á algunas dificultades. Hay en él un primer punto que no da lugar á duda, ¿De qué sucesiones se trata? Claro es que de aquellas á que ha sido llamado el ausente antes de que hubiese incertidumbre acerca de su vida; es decir, antes de que hubiese presunción de ausencia. Efectivamente, según el art. 136 la herencia á que sea llamado un individuo cuya existencia se desconozca recaerá exclusivamente en aquellas personas con las cuales aquél debía concurrir ó en las que en su defecto tenían derecho á suceder.

¿Cuáles son las funciones del notario? La ley las indica: representa al ausente en los inventarios, cuentas, particiones y liquidaciones. Corresponde al tribunal limitar su acción ó extenderla. Si se limita á reproducir el texto de la ley resultará que el notario no tiene que hacer más que los actos habituales de su ministerio. ¿Podrá pedir la partición? Nó, ciertamente, porque no es esa la misión del notario. Pedir una partición es un acto que traspasa los límites de un poder de administración. No puede hacerlo el tutor, ni el menor emancipado. Si el tribunal juzgara que era necesario promover la partición debería dar expresamente esta misión al notario ó al curador á quien encargase de los intereses del ausente. Todavía mucho menos podrá transigir el notario. Es hasta dudoso que pudiese conferirle este poder el tribunal. La ley lo llama á autorizar las transacciones hechas en nombre de un menor, pero pres-

1 Bigot-Práameneu, Exposición de los motivos (Loché, t. II, página 253, núm. 10).

cribiendo otras garantías. En materia de ausencia el tribunal no puede ordenar más que lo necesario; ahora bien, ¿se puede decir que la transacción sea una necesidad? (1)

§ III.—EFECTO DE LA PRESUNCIÓN DE AUSENCIA SOBRE EL MATRIMONIO.

143. La ausencia nunca disuelve el matrimonio porque nunca tiene presunción de muerte. Volveremos á tratar de este principio, que es común á todos los períodos de la ausencia. Durante el primero subsiste el matrimonio con todos sus efectos, aun en cuanto á los bienes. Si la ausencia de la mujer es la que se presume el marido presente continúa el régimen bajo el cual se han unido los esposos, cualquiera que sea; en nada cambia esos derechos la ausencia de su mujer. En general es administrador de sus bienes y usufructuario; continuará administrándolos y gozando de ellos. Si los cónyuges habían adoptado el régimen de separación de bienes, y si está ausente la mujer, habría lugar á solicitar medidas para la gestión de sus bienes, toda vez que, según ese régimen, ella es quien tiene la administración y el usufructo.

Si se presume la ausencia del marido habrá lugar igualmente á tomar medidas para la administración de sus bienes, puesto que la mujer no tiene, bajo ningún régimen, un derecho sobre los bienes de su marido. En cuanto á los bienes comunes si hay régimen de comunidad creemos que la mujer tomará la administración de ellos. Veremos que la ley le da ese derecho, aun después de la declaración de ausencia (art. 124); con mayor razón debe tenerla mientras se presume la ausencia. La mujer es socia; es cierto que

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, ps. 343-345. Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, t. I, ps. 39 y siguientes, núm. 4. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 120-130.