

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.

no toma ingerencia alguna en la administración de la comunidad cuando está presente el marido; pero estando ausente y, por ende, en la imposibilidad de manejar los intereses comunes debe administrar la mujer asociada. ¿Necesita autorización judicial para desempeñar los actos de la administración? No admite duda alguna la afirmativa. Subsiste el matrimonio con todos sus efectos; en consecuencia, la mujer permanece señalada de incapacidad jurídica. Se necesitaría una disposición legal para eximirla de esa incapacidad, y la ley guarda silencio.

144. El art. 1427 confirma esta doctrina. Expresa que la mujer no puede obligarse para el establecimiento de sus hijos, en caso de ausencia del marido, sino después de haber sido autorizada judicialmente. Si los cónyuges están casados bajo el régimen de la comunidad la mujer puede, pues, obligarse, con autorización judicial, á dotar á sus hijos. ¿Podrá también dar los bienes de la comunidad? Estos bienes no le pertenecen, son propiedad del marido, único que puede disponer de ellos. Eso decide la cuestión. (1) Siendo propiedad del marido los bienes comunes y los suyos no pueden los tribunales autorizar á la mujer para enajenarlos. Pueden únicamente dictar las medidas necesarias para la administración de su patrimonio. Ahora bien, la doctrina no es una necesidad. Sería muy útil seguramente que así pudiera hacerse, pero para eso se necesitaría un texto, y no lo tenemos. Se ha propuesto, para llenar el vacío, aplicar por analogía el art. 511, que permite proveer al establecimiento de los hijos, en caso de incapacidad del padre, por medio de un consejo de familia autorizado por el tribunal. Hay paridad de razón, dice Delvincourt. (2) Es muy

1 Demolombe enseña que el art. 1427 permite á la mujer disponer de los bienes de la comunidad; la ley no lo dice así (*Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 426, núm. 315).

2 Delvincourt, *Curso del Código de Napoleón*, t. I, p. 85, nota 4.

cierto esto, ¿pero es bastante un motivo de analogía para disponer del patrimonio del ausente mientras dura la presunción de ausencia cuando la ley no permite más que las medidas necesarias para la administración de los bienes? No lo creemos; eso sería traspasar la ley y, en consecuencia, formularla en vez de interpretarla.

§ IV.—EFECTO DE LA PRESUNCIÓN DE AUSENCIA EN CUANTO Á LOS HIJOS.

145. Se presume la ausencia del padre y está presente la madre; hay hijos comunes. Según el art. 141 la madre tendrá la vigilancia de ellos y ejercerá todos los derechos del marido en cuanto á su educación y á la administración de sus bienes. ¿Es una tutela la *vigilancia* de que habla la ley? Bigot-Préameneu dice en la Exposición de los motivos: «Conforme con los principios que se expondrán en el título *De las Tutelas* si vive la mujer del ausente tiene la vigilancia de los hijos.» (1) Quiere decir que la vigilancia confiada á la madre es una tutela parecida á la que se le confiere cuando sobrevive á su marido. Tal es también la doctrina de Proudhón. Creemos, con todos los demás autores, que debe rechazarse esta doctrina. No puede haber tutela mientras vive el padre; así, pues, el padre, aunque se presuma su ausencia, no se presume muerto. En vano se dirá que hay incertidumbre respecto de su vida: verdad es, pero esta incertidumbre no tiene otro efecto que el de tomar las medidas que exige la necesidad. Lo que se verifica tocante á los bienes con mayor razón debe de hacerse respecto de las personas. También la ley dice que la mujer presente ejerce los derechos del marido. Ahora bien, el marido tiene la patria potestad;

1 Loaré, *Legislación civil*, t. II, p. 253, núm. 11.