

ja el punto de partida del plazo de treinta años, después del cual todos los que tuvieren derecho pueden pedir la posesión definitiva de los bienes del ausente. ¿Cuál es ese punto de partida? *La posesión provisional ó la época en que el cónyuge haya tomado la administración de los bienes del ausente.* Resulta claramente de esta alternativa que el cónyuge común puede tomar la administración de los bienes del ausente antes de que los presuntos herederos hayan obtenido la posesión provisional, porque si no pudiera tomarla sino después sería indiferente la época en que la hubiese tomado en el cálculo del plazo de treinta años; este plazo correría siempre y necesariamente desde el día de la posesión provisional. (1) El argumento es ingenioso; por eso lo reproducimos, aunque en rigor se puede pasar sin él.

§ II — CONTINUACIÓN DE LA COMUNIDAD.

204. Según el art. 124 si el cónyuge presente opta por la continuación de la comunidad *toma ó conserva* de preferencia la administración de los bienes del ausente. *Toma*; esto supone que la mujer es la que está presente; *toma*, en efecto, una administración que no tenía. *Conserva*; esto supone que el marido es el que está presente; tenía ya la administración de la comunidad y de los bienes de su mujer; no hace, pues, más que continuarla; en este sentido la *conserva*. El cónyuge presente que opta por la continuación de la comunidad es juntamente administrador de los bienes comunes y de los de su cónyuge ausente. Es, sin embargo, de notarse que la ley no habla textualmente de la administración de la comunidad, no habla más que de la administración de los *bienes del ausente*. Parece, por lo mismo,

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 124, núm. 2 (tomo I, p. 65).

comprender los bienes comunes entre los bienes del ausente; en efecto, es copropietario, puesto que es socio. Veremos luego una consecuencia de este principio.

205. La opción del cónyuge por la continuación de la comunidad tiene un efecto considerable; impide no sólo la posesión de los presuntos herederos sino también el ejercicio provisional de todos los derechos subordinados á la condición de la muerte del ausente. Se concibe que la ley prefiera al cónyuge sobre los parientes legítimos y aun sobre los legatarios y herederos que se derivan de un contrato, porque el derecho de aquél es cierto. Por otra parte, el interés del ausente justifica esta preferencia. La administración de los bienes estará en una sola mano, adicta é interesada en la conservación de los derechos del ausente. Por último, era preciso, de absoluta necesidad, proveer á la administración de los bienes comunes y de los bienes personales del ausente; era necesario, de consiguiente, confiar esa administración, bien al cónyuge, bien á los herederos. No sucede lo mismo respecto de los bienes sobre los que los terceros tienen un derecho subordinado á la condición del fallecimiento del ausente. (1) Supongamos que el ausente es usufructuario; el nudo propietario tiene derecho á los bienes gravados de usufructo si el ausente ha muerto. Habiendo incertidumbre sobre la vida del ausente la probabilidad de su muerte va creciendo cada día. ¿Por qué no permitir al nudo propietario que ejercite provisionalmente su derecho? ¿Por qué dar la preferencia al cónyuge? El nudo propietario tiene un derecho cierto tanto como el cónyuge; mejor dicho, su derecho es más grande, porque el cónyuge administra bienes que no son suyos y que nunca le pertenecerán, puesto que existen presuntos herederos, mientras que el nudo propietario es, desde el pre-

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 367, núm. 451.

sente, propietario. La ley quiere confiar la administración de los bienes del ausente á quien los maneje mejor. ¿Puede haber mejor administrador que el propietario? Este es el caso de decir: la ley es mala, pero es la ley.

206. El art. 124 concede á cada uno de los cónyuges el derecho de pedir la continuación provisional de la comunidad. Hay, empero, una diferencia notable entre los dos cónyuges en cuanto al poder que tienen como administradores; la misma ley lo indica al decir que la mujer *toma* la administración y que el marido la *conserva*. ¿Si el marido la *conserva* deberá deducirse que ejercita como *administrador legal*—es el término de la ley—el mismo poder que tenía como administrador convencional? Esa es la opinión general. Sólo Proudhón es de contrario parecer. «En los casos comunes, dice, el marido, administrando la comunidad como dueño, puede enajenar ó hipoteca los fondos que dependen de ella, pero aquí el que ha optado por la continuación de la comunidad no puede estar investido de un poder tan extenso.» (1) Es indudable que la posición del marido no es absolutamente la misma. Cuando la mujer está presente, cuando no hay duda alguna sobre su vida, el marido obra como dueño y señor y es válido todo lo que hace á título oneroso. Pero si está ausente la mujer no se sabe si la comunidad, aunque continúa, subsiste aún; es posible que esté disuelta en el momento en que el marido opta por la continuación de la comunidad por la muerte de la mujer. En esta hipótesis, que será una realidad con mucha frecuencia, no existe comunidad en el momento en que el marido enajena unos bienes comunes. ¿Puede permitírsele enajenar lo que tal vez no le pertenece? La cuestión se dirige al legislador más bien que

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 318. Consúltese á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 387.

al intérprete. Verdad es que el legislador habría podido tomar en consideración la incertidumbre que reina sobre la vida del cónyuge ausente y limitar los derechos del marido presente. Pero el intérprete no tiene que ver con lo que habría podido ó debido hacer la ley, debe limitarse á ver lo que ha hecho. ¿Existe una disposición que prohíba al marido enajenar los bienes de la comunidad continuada? Proudhón cita el art. 128 que dice: «No podrán enajenar ni hipotecar los bienes del ausente los que disfrutaren de ellos solamente en virtud de la posesión provisional.» ¿Puede aplicarse esta disposición al marido que opta por la continuación de la comunidad? En verdad no disfruta en virtud de la posesión provisional, administra una comunidad que es la suya; y cuando enajena no vende un *inmueble del ausente*, vende un inmueble del cual es dueño.

Queda, sin embargo, una dificultad que prueba que Proudhón tiene razón en teoría. El marido enajena un inmueble común en 1869; después se sabe que la comunidad fué disuelta en 1865 por la muerte de la mujer. ¿Es válida la venta ó pueden combatirla los herederos de la mujer? Los autores que doctrinan que el marido puede enajenar los bienes gananciales admiten también que siendo válida la venta en su principio debe sostenerse: (1) esta es la aplicación del principio elemental de que la ley debe validar los actos ejecutados conforme á sus disposiciones. La mayor parte de los autores invocan otro principio: el del mandato. Dicen que el marido es mandatario legal de la mujer; en virtud de este mandato puede enajenar; puede hacerlo aun cuando por la muerte de la mujer haya cesado su mandato, porque según el art. 2009 las promesas del mandatario son, en ese caso, ejecutadas respecto

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 281, núm. 5.

de los terceros de buena fe. (1) No creemos que el marido proceda como mandatario; entonces sería simple administrador y, como tal, no tendría el derecho de enajenar (art. 1988). El marido no tiene el derecho de enajenar más que considerándolo como dueño de la comunidad, y la idea de dueño y señor no puede ligarse con la de mandatario.

¿Si los herederos de la mujer deben respetar las enajenaciones hechas por el marido quiere decir que no tienen ningún derecho en razón de estas ventas? Apenas puede establecerse la cuestión. ¿Con qué calidad ha vendido el marido? Como jefe de la comunidad. Poco importa que la comunidad esté disuelta; se debe, no obstante, suponer que existe; de lo contrario sería nula la enajenación. Pues bien, la ficción debe ser admitida con todas sus consecuencias. Si se considera que el marido ha enajenado un bien común el precio de este inmueble debe ingresar en la comunidad; en consecuencia, los herederos se aprovecharán de él. Nada más justo, porque en el momento en que se efectuó la venta estaba disuelta la comunidad; el inmueble vendido por el marido formaba, pues, parte de los bienes comunes que deben ser repartidos entre los herederos de la mujer y el marido; de aquí el que deban aprovecharse del precio á medias.

207. ¿Debe el marido formar inventario de los bienes de la comunidad? Según el art. 126 «los que obtengan la posesión provisional, lo mismo que el cónyuge que hubiese optado por la continuación de la comunidad, deberán proceder al inventario del mobiliario y de los títulos del ausente.» A primera vista se podría creer que nuestra cuestión está resuelta por el texto de la ley. El inventario, según el art. 126, debe descansar en los bienes muebles

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, ps. 383 y siguientes, núm. 285.

del ausente; ahora bien, no perteneciendo la comunidad á la mujer ausente el marido presente es el único dueño y señor de ella. ¿Por lo mismo que puede disponer á voluntad no debe decirse que es inútil el inventario? (1) Nó, no es inútil. En primer lugar el marido puede estar obligado á restituciones para con los herederos de la mujer, si ésta ha fallecido y si continúa disponiendo de los efectos de la comunidad después de su defunción cuando realmente la comunidad estaba disuelta. En seguida se olvida que la comunidad puede ser convencional; si la mujer ha estipulado dote de viuda también habrá lugar á restituciones en el caso en que reapareciese, si no por el marido cuando menos por sus herederos. De consiguiente, siempre será útil el inventario. Pero no basta que sea útil para que el marido deba formarlo; la cuestión está en saber si la ley lo obliga á ello. Así nosotros no diremos con Durantón que el marido debe formar el inventario, porque en ello no hay inconveniente alguno, y si lo habría muy grave no formándolo. (2) El intérprete no puede establecer obligación, sólo la ley tiene ese poder. De consiguiente, es necesario ver lo que dice el texto.

El art. 126 habla del mobiliario y de los títulos del ausente. ¿Es restrictiva esta disposición? Ya la hemos encontrado en el art. 124, el que, sin embargo, comprende los efectos de la comunidad. Ahora bien, ¿no debe contener el inventario todos los bienes cuya administración está conferida al marido? Después de todo, los bienes de la comunidad son también los bienes de la mujer ausente, porque es socio y, en consecuencia, copropietaria. Por último, el art. 126 coloca al marido administrador en la

1 Esta es la opinión de Dalloz y de los autores que cita (*Repertoire*, en la palabra *Ausencia*, núm. 391).

2 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, ps. 373 y siguientes, núm. 460.

misma línea que al heredero poseedor provisional, en cuanto á la obligación de formar inventario. Si, pues, los que obtienen la posesión provisional deben inventariar todos los bienes que están llamados á administrar así debe ser tratándose del marido administrador legal. (1)

208. El marido que continúa la comunidad administra también los bienes personales de la mujer. Este es el derecho común bajo el sistema de la comunidad legal. ¿Pero puede ser lo mismo cuando la mujer se ha reservado la administración de alguno de sus bienes? En ese caso los administrará el marido por cuenta de la mujer. Como administrador de los bienes personales de la mujer el marido no tiene poderes de administración. En concepto nuestro no puede enajenar el mobiliario. Los que admiten que la enajenación de los muebles es un acto de administración reconocen naturalmente en el marido administrador legal el mismo poder. (2) Tiene también las obligaciones de los poseedores provisionales. En esto no hay duda alguna, puesto que la ley lo obliga á formar inventario de los bienes del ausente bajo el mismo título que á los poseedores.

209. La mujer presente tiene también la administración legal de la comunidad y de los bienes propios de su marido ausente cuando opta por la continuación de la comunidad. ¿Pero tiene el mismo poder que el marido? Se decide generalmente que debe estar asimilada á un poseedor y que, por lo mismo, no es más que depositaria y administradora. Queda, empero, un motivo de duda. La mujer toma la administración, dice el art. 124. ¿Esto no es decir que la toma tal como la tenía el marido? ¿No

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 376, número 182.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 389-390.

debe considerarse como mandataria del marido, y como tal no tiene los mismos poderes que éste; es decir, el derecho de disponer libremente de los bienes de la comunidad? (1) No creemos que sea esa la posición de la mujer. Subsiste el matrimonio y, por ende, la incapacidad jurídica que pesa sobre la mujer. Si tiene bienes personales no puede enajenarlos ni hipotecarlos sino con autorización judicial. ¿Cómo podría tener poderes más amplios cuando administra la comunidad y los bienes personales del marido? Para admitir semejante anomalía sería necesario un texto expreso. Ahora bien, el único texto que se invoca es el art. 124, que no habla más que de la administración. Por consiguiente, debe decidirse que la mujer no tiene más que un poder de administrador; no puede ni enajenar ni hipotecar. En apoyo de esta opinión puede citarse el artículo 1427 que no permite á la mujer comprometer los bienes de la comunidad en caso de ausencia del marido sino con autorización judicial, aun cuando se trate de la obligación más favorable: del establecimiento de sus hijos. Verdad es que art. 1427 no prevee textualmente el caso en que la mujer continúe la comunidad, pero demuestra al menos que la ausencia en nada modifica la incapacidad de la mujer casada en lo concerniente á los actos de enajenación. Tal es también la disposición del art. 222 que substituye la autorización del marido con la judicial cuando el marido está ausente. Por último, Bigot-Préameneu interpreta la ley en este sentido en su Exposición de los Motivos; dice terminantemente que los derechos que da á la mujer la administración legal no son tan amplios como los del marido; que aquélla no puede ni enajenar ni hipotecar los bienes comunes. (2)

1 Esta es la opinión de Mourlón, *Repeticiones*, t. I, p. 240, nota 2.

2 Loaré, *Legislación civil*, t. II, p. 257, núm. 25. Esta es la opinión de D. TOMO II—40

La mujer no tiene, de consiguiente, más que un poder de administración. ¿Necesita autorización judicial para administrar? Así podría creerse conforme á la disposición general del art. 222 que acabamos de citar. Pero la cuestión está en saber si el artículo 124 no introduce una excepción en la regla general. Proudhón opina que la sentencia que confiere á la mujer la administración de la comunidad y la de los bienes del marido la autoriza á hacer todo lo que sea necesario para administrar; que su incapacidad no subsiste sino para los actos de disposición y para el derecho de comparecer judicialmente. (1) Esta es la opinión general. Se funda en un argumento de analogía que nos parece decisivo. Cuando la mujer está separada de bienes tiene la libre administración de su patrimonio; ¿por qué? Porque su administración estaría embarazada á cada momento si tuviese que dirigirse á los tribunales para todo acto que quisiese ejecutar. Si el fallo que le confiere la administración de sus bienes en caso de separación la exime de la potestad marital para los actos de administración hay identidad de razones para concederle la misma capacidad cuando administra en virtud de un poder que la ley le confiere.

¿Debe la mujer formar inventarios de los bienes cuya administración toma, bienes de la comunidad y bienes del marido? Respecto de la mujer no es nada dudosa la afirmativa, porque no es realmente más que depositaria y administradora, como lo son los que adquieren la posesión provisional. Es, pues, lógico someterla á las mismas obligaciones. Queda la dificultad de texto que ya hemos quitado respecto del marido y que con más razón debemos quitar tocante á la mujer; efectivamente, en el rigor del

nión común (Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, página 382, núm. 285).

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 305.

derecho los bienes de la comunidad son los bienes del marido ausente. Puede, en consecuencia, decirse que el texto decide la cuestión, y el espíritu de la ley no deja duda alguna. En el Consejo de Estado ha sido reconocida como una cosa incontestable la obligación de la mujer de formar inventario. (1)

El art. 124 agrega que la mujer, al optar por la continuación de la comunidad, conserva el derecho de renunciar en seguida á ella. Bigot-Préameneu opina que la mujer común recibe de la ley el derecho de renunciar á la comunidad; si quiere encargarse de la administración de los bienes comunes esta obligación no debe privarla de un derecho adquirido. (2) Optar por la continuación de la comunidad no es aceptar la comunidad; no puede tratarse de aceptarla ni de renunciar á ella, puesto que continúa. ¿Si eso es de derecho común por qué lo dice la ley? Es que había un motivo de duda. La mujer común tiene el derecho de renunciar porque permanece extraña á la comunidad; si ésta es mala y la mujer está obligada á renunciar la falta es del marido que ha manejado mal, y la mujer no debe ser responsable de las consecuencias de una administración de que está excluida. Ya no existe este motivo cuando la mujer opta por la continuación de la comunidad; entonces ella es la que administra; ¿y no debe sufrir las consecuencias de su administración? (3) La ley se ha declarado en favor de la mujer por una consideración de equidad. Justo es que no se vuelva en su perjuicio el servicio que presta al marido encargándose de la administración. Por otra parte, como dice el Orador del Gobierno, es posible que den mal resultado negocios emprendidos antes

1 Sesión de 4 Frimario, año X (Loché, t. II, p. 236, núm. 20).

2 Exposición de los motivos (Loché, t. II, p. 257, núm. 25).

3 Valette sobre Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 315, nota 1.

de la partida del marido. Sería injusto hacer responsable á la mujer de una administración que no ha hecho más que continuar.

210. Tales son los derechos y las obligaciones del esposo administrador legal. Su pregunta si debe prestar fianza para la seguridad de su administración. Nos sorprendemos de ver debatida la cuestión. Unos dicen que el cónyuge que opta por la continuación de la comunidad debe prestar fianza por la misma razón que la ley lo obliga á formar inventario; que, por otra parte, lo supone el art. 129; en favor de esta opinión existe una sentencia de la Corte de París. Otros sostienen que el cónyuge administrador legal no debe prestar fianza porque la ley no lo exige. Finalmente, no faltan autores que hagan distinción entre el marido y la mujer; someten á ésta la obligación de suministrar fianza, puesto que debe dar cuenta de su administración; igual obligación imponen al marido respecto de los bienes comunes. (1) Nos parece que la cuestión no puede ser más obvia. ¿Basta ser administrador para estar obligado á dar fianza? Nó, por cierto, puesto que el tutor no debe caucionar su manejo ni el marido administrador de los bienes de su mujer. De consiguiente, se necesitaría una disposición expresa para que el marido y la mujer, administradores legales, estuviesen obligados á dar fianza, ¿Dónde está el texto que los somete á ello? Al tratar de los efectos de la ausencia el legislador define cuidadosamente las obligaciones de los que están llamados á administrar los bienes del ausente. Exige que den fianza los presuntos herederos que soliciten la posesión (art. 120); exige que la den todos los que ejerciten derechos subordinados á la condición del fallecimiento del ausente (art. 123). El art. 124, que habla de los cónyuges, los obliga á dar fianza si piden

1 Véanse las diferentes opiniones en Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, ps. 379 y siguientes, núm. 283.

la disolución provisional de la comunidad; no los obliga á ello cuando optan por su continuación. Eso decide la cuestión. En vano se dice que el art. 129 supone que se darán las fianzas en caso de administración legal, lo mismo que en el de posesión provisional, puesto que en una y otra hipótesis declara descargadas las fianzas. No es por vía de suposición como se pueden establecer obligaciones, porque ese método conduciría á formar la ley en vez de interpretarla. El art. 129 descarga las fianzas cuando éstas existen; ¿y quién nos dice cuándo debe prestarse fianza? No es el art. 129, es el art. 124. El silencio que guarda este artículo basta para decidir la cuestión en favor del cónyuge, administrador legal.

211. ¿Cuándo termina la comunidad continuada por el cónyuge presente? Termina por las mismas causas que ponen fin á la posesión provisional. Primero, si regresa el ausente ó da noticia de su persona. La opción es una continuación de la ausencia; cuando ya no hay ausencia no puede tratarse de opción ni de administración legal; todo entra de nuevo en el derecho común. Lo mismo sucede si llega á morir el cónyuge ausente; las medidas provisionales que la ausencia trae consigo ceden su lugar, en este caso, al ejercicio definitivo de los derechos que pertenecen á los herederos. En esta hipótesis la comunidad habrá sido disuelta á contar desde el día de la defunción probada y, en consecuencia, se hará la partición. Si hay posesión definitiva quedará igualmente disuelta la comunidad; pero entonces lo será á contar de la desaparición del ausente ó de sus últimas noticias, puesto que esa es la fecha á que se remonta para conferir los bienes del ausente á sus herederos.

La comunidad se disuelve también por la muerte del cónyuge presente; este es el derecho común. ¿Pero se tendrá en consideración la fecha de la muerte para arreglar

los derechos de las partes interesadas? Nó, procede la posesión provisional de los presuntos herederos del ausente; ahora bien, para esto hay que remontarse al día de la desaparición ó al de las últimas noticias; de consiguiente, se considerará disuelta la comunidad á contar desde ese día, y repartida según la consistencia que tenía en aquella época.

Por último, la comunidad continuada puede acabar también por la voluntad del cónyuge presente. Optar por la continuación de la comunidad es un derecho que puede ó no ejercitar. No siendo sino facultativa la opción que hace no le impone obligación alguna de continuarla. Usa de un favor y puede renunciarlo. Verdad es que la ley toma en consideración el interés del ausente confiando al cónyuge presente la administración de la comunidad, pero no obliga al cónyuge á encargarse de ella. De aquí que el esposo, no estando ligado ni por la ley ni por un pacto, sea libre de renunciar á la administración legal. Respecto de la mujer no cabe la menor duda, toda vez que puede hasta renunciar la comunidad después de haber optado por su continuación. El marido nunca puede renunciar la comunidad, pero estando más ligado que la mujer por su opción nada le impide terminar su administración. En este caso procede la toma de posesión provisional de los herederos del ausente y, por lo mismo, se considera disuelta la comunidad, no desde el día en que el cónyuge renuncia la administración legal sino á contar de la desaparición ó de las últimas noticias del ausente. (1)

212. ¿Quién adquiere los frutos percibidos durante la administración legal? El art. 127 da al cónyuge los mismos derechos que á los poseedores provisionales; de

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 285 y siguientes, núms. 10 y 11. Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. II, ps. 395 y siguientes, núm. 290.

consiguiente, los cuatro quintos de las rentas si la ausencia ha durado quince años después de la desaparición, y los nueve décimos si ha durado más de quince. Todos los autores están de acuerdo en criticar esta disposición. ¿Por qué aplica la ley los frutos al cónyuge administrador legal? Se concibe que haya añadido una ventaja á la administración señalando al cónyuge cierta parte en los frutos. Pero no se concibe que esta parte aumente con la duración de la ausencia. Esto es lógico respecto al presunto heredero, cuyos derechos adquieren todos los días más probabilidad á medida que se prolonga la ausencia. Pero es soberanamente ilógico en lo que concierne al cónyuge, cuyos derechos van siendo más y más inciertos á medida que crece la incertidumbre de la vida del ausente. (1) La crítica es fundada; ¿pero no demuestra que la teoría del Código Civil no es la que suponen los autores? Estos están preocupados sobre todo de los derechos de los herederos; en tanto que el legislador medita, ante todo, en proteger los intereses del ausente; con esta intención organiza la posesión provisional; también con esta intención concede de preferencia la administración de la comunidad al cónyuge presente. Para inducir, ya sea á los presuntos herederos, ya al cónyuge, á encargarse de esta administración les da una parte de los frutos, sin distinguir entre ellos; y, á su manera de ver, no había lugar á distinguir, puesto que es el mismo el motivo porque les concede esta ventaja. La ley es, pues, lógica, si se tiene en cuenta su espíritu.

213. No carece de dificultad la aplicación de la ley. Se pregunta desde luego á quién deben ser restituidos los frutos si la ausencia dura menos de treinta años. Conforme al texto del art. 127 se podría contestar que los frutos no deben ser devueltos más que al ausente, si reaparece. Pero

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 313, núm. 8.

ya hemos rechazado esta interpretación en lo concerniente á los herederos entrados en posesión provisional, y como el Código coloca al cónyuge presente absolutamente en la misma línea debe decidirse también que el cónyuge debe hacer la restitución de los frutos á todos aquellos á quienes entrega los bienes. Acerca de este primer punto no hay ninguna duda importante. ¿Pero qué sucede con los frutos que adquiere el cónyuge? Supongamos primero que regresa el ausente. El cónyuge presente ha percibido los frutos de los bienes comunes y de los bienes propios del ausente; gana los cuatro quintos ó los nueve décimos: según el texto de la ley no debe devolverlos. ¿Pero cómo conciliar esta disposición con el art. 1401, que hace entrar en el activo de la comunidad todo el mobiliario futuro; es decir, todo lo que los cónyuges ganen con su trabajo, todo lo que reciban bajo un título cualquiera? En el caso la comunidad subsiste, puesto que regresa el cónyuge ausente. En consecuencia, los frutos que ha percibido el cónyuge presente, aunque los ha ganado según el art. 127, deben ser puestos en la comunidad; más bien dicho, ésta aprovecha de pleno derecho, y sin distinguir, los frutos percibidos sobre los bienes comunes de los frutos percibidos sobre los bienes personales del cónyuge ausente. Bajo el sistema de la comunidad legal, el art. 127 permanece, pues, sin aplicación. Se ha tratado de conciliar el art. 127 con el artículo 1401, considerando los frutos como una donación hecha por la ley al cónyuge presente, con la cláusula de que las cosas donadas no entran en comunidad. (1) Esta explicación es inadmisibles por el solo hecho de que la ley no la consigna. Se necesita un texto para que pueda admitirse que una donación se hace con tal ó cual cláusula. En verdad la ley no hace donación, porque la donación es un contrato, y el

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 377, núm. 464.

legislador no contrata, ni estipula, ni promete. En el artículo 127 no se trata de una donación sino de una ventaja que la ley añade á un cargo.

214. Hasta aquí hemos supuesto que la restitución de los bienes se hacía al ausente; es decir, que los frutos han sido percibidos por el cónyuge presente mientras subsistía la comunidad. También puede hacerse la restitución á los herederos del cónyuge ausente. Esto tiene lugar, primero, cuando el ausente llega á morir. En este caso debe distinguirse. Si el cónyuge presente ha percibido los frutos después de la defunción del ausente el artículo 126 recibirá su aplicación sin dificultad, puesto que en esta hipótesis la comunidad está disuelta; no puede, de consiguiente, tratarse de introducir los frutos en la comunidad. En cuanto á los frutos percibidos antes de la defunción lo han sido durante la existencia de la comunidad, y por ende ésta se aprovechará indirectamente de ellos, puesto que le corresponden todas las ganancias muebles alcanzadas por los cónyuges.

La restitución de los bienes también se hace á los herederos del ausente si la comunidad continuada termina por la posesión definitiva ó por la renuncia del cónyuge administrador legal ó por su muerte. En todos estos casos se aplica el art. 127, y sin distinción, porque la comunidad se considerará disuelta el día de la desaparición ó de las últimas noticias, época á la que se remonta para determinar cuáles son los herederos que obtuvieron la toma de posesión. Siendo percibidos los frutos mientras se reputaba disuelta la comunidad no puede tratarse de introducir en la comunidad la parte de los frutos que es aplicada al cónyuge administrador legal.

En toda esta hipótesis el cónyuge administrador no gana más que los frutos percibidos desde su administración

legal. Esta es la aplicación de los principios generales. Los poseedores provisionales no tienen ningún derecho sobre los frutos percibidos antes del fallo que los pone en posesión. Ahora bien, el cónyuge administrador legal toma el lugar de los poseedores; no puede, en consecuencia, gozar de los frutos sino desde el momento en que comienza su administración. (1)

§ III.—DISOLUCIÓN PROVISIONAL DE LA COMUNIDAD.

215. El cónyuge presente puede también, con sujeción al artículo 124, pedir la disolución provisional de la comunidad; entonces cesará la interrupción y el cónyuge ejercitará todos sus derechos legales y convencionales. La razón de estos derechos es que puede tener interés en pedir la disolución de la comunidad más bien que la continuación. Los derechos *legales* son los que se derivan de la ley, bajo el sistema de la comunidad legal. Cada uno de los cónyuges vuelve á tomar sus propios muebles é inmuebles, el precio de los que han sido enajenados y del que no se ha hecho empleo y las indemnizaciones ó recompensas que le debe la comunidad; cada uno de los cónyuges tiene, además, su parte en la comunidad, salvo el derecho que tiene la mujer de renunciar á ella (arts. 1470 y 1474). Los derechos convencionales se derivan del contrato de matrimonio; son la mejora (art. 1515), el mobiliario excluido de la comunidad (arts. 1500 y 1498), el mobiliario que la mujer hubiese estipulado volver á tomar en caso de renuncia (art. 1514) y las donaciones hechas por uno de los cónyuges al otro.

Por aplicación del derecho común la ley permite al cónyuge presente optar por la disolución de la comunidad.

¹ Véase, sobre la interpretación del art. 127, á Prondhón. *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 319, y las notas de Valette. Marcadé, t. I, p. 308, núm. 6.

Todos los que tienen derechos subordinados á la defunción del ausente pueden ejercitarlos después de la declaración de ausencia. El cónyuge presente debe tener igual derecho; la ley exige una condición para el ejercicio de este derecho: la de que el cónyuge dé fianza por las cosas susceptibles de restitución. Esta es una obligación que la ley impone á todos los poseedores provisionales (arts. 120 y 123). Existe, empero, una diferencia considerable para la amplitud de la fianza entre el cónyuge y los demás que tengan derechos. Estos deben dar fianza por todos los bienes que administren, porque están en el caso de restituirlos todos; mientras que el cónyuge sólo da fianza por las cosas susceptibles de restitución; hay cosas, en efecto, que no debe restituir y por las que, consiguientemente, no há lugar á garantías. Se debe, á este respecto, distinguir entre la mujer y el marido.

Respecto de la mujer no tiene interés la distinción, porque si regresa el ausente debe aquélla restituirlo todo al marido, hasta sus propios bienes, puesto que el marido tiene el goce de ellos. Con todo eso en cuanto á sus bienes libres hay que distinguir entre la propiedad y el usufructo. El marido no tiene más derecho que al goce; de consiguiente, sólo como usufructuario eventual es como tiene derecho á una garantía y no como propietario; en consecuencia, se le exigirá fianza. También puede acontecer que el marido no tenga el goce de todos los bienes de la mujer; puede ésta reservarse ciertos bienes para sus necesidades personales. Eso es de derecho, bajo el sistema dotal, respecto de los parafernales. Es evidente que la mujer no debe caución respecto de los bienes sobre los que el marido no tiene derecho alguno.

En cuanto al marido no debe dar fianza por los bienes que toma en la partición de la comunidad. Efectivamente, si la mujer regresa no habrá estado disuelta nunca la comunidad; el marido habrá sido siempre dueño y señor;