

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 Proudhón, *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;

pudo disponer de ella, y si lo ha hecho no debe restituir nada. Con más razón no debe dar fianza por los bienes libres que hubiere separado antes de la partición, porque tiene igualmente la libre disposición sobre ellos; de consiguiente, no está obligado á devolverlos. ¿Debe dar fianza por las ganancias de supervivencia? Nó; es verdad que para esto no hay derecho sino cuando muere la mujer; si regresare no habrá comenzado su derecho y los bienes permanecerán en la comunidad; pero por esto mismo no puede decirse que esté obligado á devolverlos, porque es dueño de esos bienes y dispone de ellos á su antojo. ¿Quiere decir que el marido nunca debe dar fianza? Si es donatario por institución que se deriva de un contrato debe ciertamente devolver esos bienes á la mujer cuando ésta regrese. Lo mismo sería si fuese legatario. ¿Deberá dar fianza por toda la propiedad? Nó, porque si regresa la mujer no ha estado nunca disuelta la comunidad; en consecuencia, habrá tenido el derecho de gozar de esos bienes; de aquí que no deba dar fianza por el usufructo. (1)

216. ¿Debe formar inventario el cónyuge que opte por la continuación de la comunidad? Doctrínase generalmente la afirmativa; (2) y en teoría esta opinión está por cierto fundada. ¿Por qué debe dar fianza el cónyuge? Porque tiene bienes que restituir y, por lo mismo, que rendir cuentas; sentado esto ¿no es el inventario la base de toda cuenta? ¿De qué serviría la fianza si á falta de inventario fuera imposible determinar el monto de la responsabilidad? Pero el intérprete no puede imponer una obligación que la ley no impone. Ahora bien, el art. 126 sólo somete á formar inventario á los que obtienen la posesión provisional, así como al cónyuge que opta por la continuación de la comu-

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. I, ps. 380 y siguientes, núms. 469-470.

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 406, número 297.

nidad. ¿No es esto dispensar de esa obligación al cónyuge que opta por la disolución de la comunidad? La ley, preciso es confesarlo, no siempre es lógica en las medidas que prescribe en esta materia. Así, según el texto del art. 124 el cónyuge que opte por la disolución de la comunidad debe dar fianza, mientras que no debe darla si solicita la continuación de la comunidad. ¿Cuál es la razón de la diferencia? Igualmente el art. 126 obliga á formar inventario á todos los que administran provisionalmente el patrimonio del ausente, y no nombra al cónyuge que opta por la disolución de la comunidad. ¿Por qué tal diferencia? No hay más en un caso que en el otro. Es preciso que el intérprete acepte la ley con sus imperfecciones, no le corresponde corregirla.

217. ¿Cuáles son los poderes del cónyuge que opta por la disolución provisional de la comunidad? ¿Es propietario? ¿Es administrador? El art. 124 contesta á nuestra pregunta. Obliga al cónyuge á dar fianza por las cosas susceptibles de restitución; el que debe restituir no es evidentemente propietario, no es más que administrador; esta es la razón de que la ley lo obligue á dar fianza. Pero también hay cosas que el cónyuge no debe restituir y por las que, en consecuencia, no debe dar caución; en este caso ya no es administrador sino propietario. Según lo que acabamos de decir la regla general es que el cónyuge debe restituir y que debe dar fianza; eso es invariable respecto de la mujer que no tiene más que poderes de administración; en concepto nuestro no puede disponer de los bienes, ni siquiera de los efectos muebles; la razón es obvia, está obligado á restituir, ¿y cómo restituirla si enajenara? Pero como la mujer administra en virtud de la ley debe decidirse, como ya lo hemos hecho en la hipótesis de que continúe la comunidad, que puede efectuar los actos de simple administración sin ser autorizada judicialmente. En

cuanto al marido que en principio no debe restituir los bienes no debe dar fianza. Es decir, que es propietario y que puede efectuar actos de disposición. En los casos en que, por excepción, deba restituir los bienes de la mujer que toma como donatario ó legatario es simple administrador, obligado, como tal, á dar fianza, y, en consecuencia, no puede efectuar más que actos de administración; los actos de enajenación que efectuara serían nulos. (1)

218. El cónyuge que opte por la disolución de la comunidad goza de los frutos en la proporción establecida en el art. 127. La ley llama *administración legal* á la posesión del cónyuge que opte, ya por la continuación de la comunidad, ya por la disolución provisional, y da al administrador legal el mismo goce que al heredero poseedor provisional. Sólo hay esta diferencia: que la continuación de la comunidad termina si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la época en que el cónyuge común haya tomado la administración de los bienes del ausente; entonces no procede la posesión definitiva en beneficio del cónyuge que continúa la comunidad. Mientras que si opta por la disolución provisional está asimilado á todos los poseedores, y puede, en consecuencia, pedir la posesión definitiva.

Si há lugar á restitución de los bienes antes de la posesión definitiva se aplica el art. 127 combinándolo, si procede, con los principios sobre la comunidad. Quiere decir que es necesario distinguir: si los frutos han sido percibidos mientras ha durado la comunidad los adquiere el cónyuge, en verdad, conforme al art. 127, pero debe hacerlos ingresar en la comunidad en virtud del art. 1401. En cuanto á los frutos percibidos después de que la comunidad estuviere disuelta ó reputada tal se aplica el art. 127 sin distinción alguna.

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 293-295, núm. 18.

SECCION IV.—*De los hijos menores.*

219. ¿Qué pasa con los hijos menores después de la declaración de ausencia? ¿Procede en todos casos la apertura de la tutela? Acerca de esta cuestión hay una grande incertidumbre en la doctrina. Se está de acuerdo en decir que el Código Civil no se ocupa de los hijos menores después de la declaración de ausencia; de donde se deduce que debe aplicarse el principio general que domina la declaración de ausencia; la presunción de muerte, que abre los derechos de los presuntos herederos, debe abrir igualmente la tutela. Se exceptúa, según algunos autores, el caso en que el cónyuge presente obte por la continuación de la comunidad. (1)

El punto de partida que sirve de base á la opinión común nos parece más que dudoso. ¿Es verdad que el Código de Napoleón no se ocupa de la suerte de los hijos después de la declaración de ausencia? El capítulo IV y último del título de la ausencia se intitula: *De la vigilancia de los menores cuyo padre haya desaparecido*. Estos términos son generales y abrazan el segundo período de la ausencia tanto como el primero. ¿No es con intención como los autores del Código han colocado al fin del título IV el capítulo que trata del cuidado de los hijos? ¿No tiene por objeto hacer notar claramente que las disposiciones de ese capítulo no se aplican sólo á la presunción de ausencia? En los tres artículos del capítulo el legislador se sirve siempre de estas expresiones generales: *si el padre ha desaparecido, la desaparición del padre, si uno de los cónyuges ha desaparecido*. ¿Por qué limitar estas expresiones á una hipótesis particular? Se aplican á la declaración de ausen-

1 Dalloz resume la doctrina general (*Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 569-571).