

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).

cia lo mismo que á la presunción de ausencia. De consiguiente, debe decirse que la ley decide la cuestión que hemos establecido: los artículos 141, 142 y 143 conciernen al segundo período de la ausencia lo mismo que al primero. Veamos si las disposiciones resisten á la interpretación que les daremos según el lugar que ocupan y conforme al sentido natural de las expresiones empleadas en la ley.

220. El padre ha desaparecido, la madre está presente; ésta tendrá el cuidado de los hijos menores, dice el artículo 141, y ejercerá todos los derechos del marido en cuanto á su educación y á la administración de sus bienes. Esto no es la tutela, es el ejercicio de la patria potestad. (1) Eso es incontestable durante la presunción de ausencia. Se pretende que la declaración de ausencia reemplaza la patria potestad con la tutela. No lo dice el artículo 141. Se necesitaría, pues, que así resultase de los principios de la tutela combinados con los principios de la ausencia. ¿Cuándo procede la tutela? Cuando muere uno de los padres; durante la vida del padre y de la madre nunca hay tutela. En el presente caso la madre está presente; el padre ha desaparecido y hay incertidumbre sobre su vida. ¿Basta esta incertidumbre para que se deba nombrar un tutor á sus hijos? Para eso se necesitaría un texto, y no lo hay. El art. 141 excluye, por el contrario, la tutela, puesto que conserva la patria potestad. Se invoca la presunción de muerte que resulta, se dice, de la declaración de ausencia. Nosotros contestamos que tiene tan poca presunción de muerte que la ley organiza la administración de los bienes del ausente en su interés. Tan poco muerto lo presume, que permite al cónyuge presente continuar la sociedad de los bienes que ha contratado con el ausente; ¿se continúa

1 Véanse las páginas anteriores, núm. 145.

una sociedad con una persona á quien se presume muerta? Se pretende que después de la declaración de ausencia la ley hace provisionalmente lo que haría en definitiva si la muerte del ausente resultara cierta; de lo cual se deduce que debe organizarse provisionalmente la tutela de los hijos como si hubiera muerto el ausente. Contestamos á ese pretendido principio: el derecho que la ley concede al cónyuge presente de continuar la comunidad y de impedir con ello la posesión de los herederos basta para volver á la nada la presunción de muerte y la teoría de una apertura provisional de la herencia. De aquí que permanezcamos bajo el imperio de los principios que rigen la tutela: no hay tutela mientras no esté probada la defunción de uno de los padres.

Se dice que si los presuntos herederos son puestos en posesión hay necesidad de abrir la tutela en interés de los hijos menores. ¿Por qué organiza la ley la tutela aunque uno de los padres sobreviva y tenga el ejercicio de la patria potestad? Porque los hijos son herederos de sus padres muertos antes; de ahí competencias de intereses entre ellos y el superviviente de los cónyuges, y también la necesidad de una nueva garantía para los menores, garantía que encuentra en la tutela. Ahora bien, cuando uno de los cónyuges ha desaparecido y su ausencia es declarada los hijos son llamados provisionalmente á su sucesión; existe, pues, competencia de intereses entre ellos y el cónyuge presente y, en consecuencia, necesidad de organizar la tutela. Hay certeza en esta objeción, pero se dirige al legislador; el intérprete no tiene que ver si la ley habría debido organizar la tutela sino si la ha organizado. Por otra parte, se exagera la oposición de intereses que puede haber entre los hijos y el cónyuge supérstite. No se trata, además, sino de una administración provisio-

nal y no de una partición definitiva. Los intereses no están arreglados definitivamente más que en el tercer período, y cuando los hijos sean mayores.

El cónyuge presente puede impedir la posesión provisional de los presuntos herederos optando por la continuación de la comunidad. En el caso del art. 141, los hijos son los presuntos herederos. La ley subordina, en consecuencia, su interés al del cónyuge presente. ¿Procede, en ese caso, la tutela? La mayor parte de los autores contestan negativamente. Esto es una inconsecuencia, dice M. De molombe, y tiene razón. ¿No hay presunción de muerte por el solo hecho de ser declarada la ausencia? ¿No pueden tener bienes los hijos, y, en ese caso, no habría tal competencia de intereses que hace necesaria la tutela? (1) Es forzoso escoger ó decidir que la tutela está abierta en todos casos ó que no está abierta. A juicio nuestro la declaración de ausencia y las medidas que la siguen, la posesión provisional ó la comunidad continuada, no conciernen más que á la administración de los bienes del ausente; nada tienen de común con la tutela. La patria potestad que reside en el cónyuge presente basta para proteger los intereses de los menores.

221. El padre desaparece y la madre había muerto á la hora de esta desaparición. En ese caso la vigilancia de los hijos es conferida por el consejo de familia á los ascendientes más inmediatos, y en su defecto á un tutor provisional (art. 142). De consiguiente la tutela se abre. Esta es, como antes hemos dicho (núm. 148), la aplicación del derecho común. ¿Causará un cambio en este estado de cosas la declaración de ausencia? Nos parece evidente que no. Existe ya un tutor durante la presunción de ausencia, y este tutor continuará en sus funciones durante el segundo

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 456, número 335.

período. ¿Se dirá que el art. 142 no habla más que de un tutor provisional y que después de la declaración de ausencia será definitiva la tutela? Eso sería declarar falto de juicio al legislador. La tutela es y permanecerá provisional, puesto que de derecho el cónyuge ausente es el tutor, y como tal será considerado mientras no se pruebe su muerte; el tutor nombrado por el consejo de familia no puede ser, en consecuencia, más que provisional.

Hé ahí, pues, una hipótesis en la cual la declaración de ausencia no cambia en nada las medidas tomadas durante la presunción de ausencia. El art. 142 prevee también otro caso: si la madre llegase á morir después de la desaparición del padre y antes de que la ausencia haya sido declarada. Estas últimas palabras, se dice, demuestran que después de la declaración de ausencia há lugar á aplicar las leyes generales sobre la tutela. De donde se deduce que siempre y en toda hipótesis há lugar á organizar la tutela cuando la ausencia es declarada. La conclusión no es lógica. En efecto, el art. 142 prevee únicamente el caso en que la madre fallezca durante el primer período; de consiguiente, no puede aplicarse lo que dice en el caso en que la madre viva todavía. No sólo es ilógico eso sino contrario á los principios de derecho en materia de tutela. De que deba haber tutela cuando la madre fallece ¿se deduce que también debe haberla cuando la madre vive? ¿Qué significan las palabras: "si la madre llegase á morir antes de que la ausencia del padre haya sido declarada?" El sentido es muy sencillo. Supóngase que la madre fallece seis meses después de la desaparición del padre. ¿Se organizará inmediatamente una tutela provisional ó se esperará á que haya declaración de ausencia? Esta es la única dificultad que el artículo 142 ha tenido que decidir, y la ha decidido en interés de los hijos. Aunque todas las probabilidades estén por la vida del ausente, aunque le corres-

ponde la tutela, debe proveerse en seguida á la vigilancia de los hijos, deba nombrarse un tutor que substituya al padre. Será un tutor provisional, dice la ley. ¿Quiere decir que después de la declaración de ausencia se nombrará un nuevo tutor, que será definitivo? De antemano hemos contestado la pregunta. Todo es provisional durante el segundo período de la ausencia; el mismo Código lo dice, puesto que organiza una posesión provisional. ¿Cómo podría ser definitiva la tutela cuando el verdadero tutor, es decir, el cónyuge ausente, puede reaparecer de un día á otro?

Así, pues, en las dos hipótesis previstas en el art. 142 la declaración de ausencia en nada modifica las medidas tomadas durante el primer período. Lo mismo es en el caso del art. 143 si uno de los cónyuges desaparece dejando hijos nacidos de matrimonio precedente. La tutela se abre antes de la desaparición del ausente y continúa después de que el tutor hubiere desaparecido; pero como no puede ejercer sus funciones la ley exige que se le substituya con un tutor provisional, el cual permanecerá en ejercicio después de la declaración de ausencia, en tanto que el cónyuge presente no regresare.

En definitiva, el capítulo IV provee á todas las necesidades si hay hijos menores. La declaración de ausencia deja subsistir las medidas que han sido tomadas durante la presunción de ausencia.

CAPITULO IV.

DE LA POSESIÓN DEFINITIVA Y DEL FIN DE
LA AUSENCIA.

SECCION I.—De la posesión definitiva.

§ I.—CUÁNDO PROCEDE.

222. La toma de posesión definitiva procede en dos casos: primero, si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesión provisional ó desde la época en que el cónyuge común haya tomado la administración de los bienes del ausente; después, si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente (art. 129). ¿Cuál es el punto de partida de los treinta años en la primera hipótesis? La ley lo dice: es la posesión provisional ó la administración legal del cónyuge común en bienes. Apesar de este texto expreso la mayor parte de los autores doctrinan que el plazo corre desde la declaración de ausencia. No es la posesión provisional, dicen, ó la administración legal, la que hace nacer la presunción, ó cuando menos la probabilidad de muerte, sino la declaración de ausencia pronunciada después de las informaciones solemnes y de una publicidad que llegue á todas partes del mundo. ¿Qué importa entonces cuándo tenga lugar la posesión provisional? ¿Qué importa siquiera que tenga lugar? El fallo que decla-