

tion. En cuanto á las hipotecas legales, no alcanzan más que á los bienes que pertenecen á los deudores. ¿Y puede decirse que los bienes de los ausentes pertenecen á los poseedores? Quedan los acreedores quirografarios. ¿Pueden tomar éstos los bienes del ausente? Por segunda vez es una herejía la pregunta. El que obliga su persona, obliga sus bienes; pero no obliga, á la verdad, los bienes que posee como administrador. Ahora bien, los poseedores poseen como administradores. Se necesitaría una presuncion de muerte para que pudieran ser considerados como propietarios de los bienes del ausente. La ley no establece semejante presuncion. Cuando ménos se necesitaría que la ley declarara que son propietarios respecto de terceros; esto es lo que dice en el tercer período. Por lo mismo, no puede admitirse ese principio en el segundo. Los poseedores provisionales, permanecen, pues, como administradores; su posesion no es más que un depósito. Eso decide la cuestion. Agreguemos que los bienes del ausente son la prenda de sus acreedores. Lo que tambien excluye á los acreedores de los poseedores. Por último, la ley les prohíbe enajenar los bienes del ausente; ahora bien, los enajenarian indirectamente, si pudiesen gravarlos por las deudas que contraen. En concepto nuestro, debe decirse lo mismo de los muebles. Aun cuando se reconociera á los poseedores el derecho de vender los efectos muebles del ausente, seria en calidad de administradores y no de propietarios. A la letra, se concibe que el administrador enajena en interés de aquel cuyo patrimonio maneja; no se concibe que disponga de él en su propio interés.

§ 5. Fin de la posesion provisional.

199. La posesion provisional termina por la muerte del ausente. En todos los períodos de la ausencia, la sucesion del ausente se abre desde el dia de su defuncion probada, en beneficio de los herederos más próximos en esta misma época. Si fueren otros parientes que los que han sido puestos en posesion, les deben ser restituidos los bienes del ausente, deduciéndose los frutos aplicados á los poseedores (arts. 130 y 127).

Tambien el regreso del ausente pone término á las medidas que la ley prescribe en razon de la ausencia. Conforme al art. 131, terminan los efectos del fallo que ha declarado la ausencia, salvo que el tribunal provea á la administracion de los bienes, si el ausente ha dado noticias de su persona sin reaparecer ni constituir mandatario.

Si hay parientes más cercanos que los que obtuvieron la posesion, pueden pedir ser puestos en ella, de preferencia á los que la hubieren obtenido en perjuicio suyo.

Finalmente, termina la posesion provisional cuando haya lugar á declarar la toma de posesion definitiva (art. 129).

Más adelante examinaremos las cuestiones á que da lugar la aplicacion de estos principios; conciernen á todos los períodos de la ausencia.

Antes de pasar á la posesion definitiva y al fin de la ausencia, necesitamos tratar de los derechos que concede la ley al cónyuge presente cuando es comun en bienes.

SECCION III.—Derechos del cónyuge presente.

§ 1º Principios generales.

200. El art. 140 dice: «Si el cónyuge ausente no hubiere dejado parientes aptos para sucederle podrá el otro

cónyuge solicitar la posesion provisional de los bienes.» Esta disposicion es inútil, porque no hace más que aplicar al cónyuge, sucesor irregular, el principio que establece el art. 120 sobre los derechos de los presuntos herederos el dia de la desaparicion del ausente ó el de las últimas noticias de su persona. Debe agregarse, que el art. 140 está trunco; no habla de los hijos naturales del ausente, que están llamados á sucederle, de preferencia al cónyuge, ni del Estado, que sucede á falta de cónyuge. No hay necesidad de decir que los hijos naturales y el Estado pueden solicitar la posesion provisional lo mismo que el cónyuge presente, por ser igual su título. Finalmente, los sucesores irregulares tienen derecho, no sólo á la posesion provisional, como dice el art. 140 refiriéndose al cónyuge; tambien tienen derecho á la posesion definitiva, en virtud del art. 129, que llama á todos los que tienen derecho á participar de los bienes del ausente.

201. La ley concede tambien otro derecho al cónyuge presente, cuando es comun en bienes; puede optar por la continuacion de la comunidad ó pedir la disolucion provisional. Si continúa la comunidad, impide el ejercicio de todos los derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente (art. 124). ¿Por qué concede el legislador este derecho al cónyuge comun en bienes? La comunidad es una sociedad universal entre esposos; es la consecuencia de la comunidad de vida, de afectos y de intereses que produce el matrimonio. Ahora bien, subsistiendo el matrimonio á pesar de la ausencia declarada, es natural que tambien se conserve la sociedad de bienes que es la consecuencia de él. Verdad es que llega un momento en que queda disuelta la comunidad, aun cuando subsista el matrimonio, y esta es la época de la posesion definitiva. La ley, en el interés general y en el de los presuntos herederos, ha debido dictar medidas definitivas sobre la particion

de los bienes del ausente, medidas que no son, sin embargo, más que provisionales respecto de éste. En cuanto al matrimonio, no se interrumpe más que por la muerte ó el divorcio, no puede disolverse provisionalmente. Hé ahí por qué, durante el tercer período de la ausencia, termina la vida comun en cuanto á los intereses pecuniarios, pero se conserva el lazo moral. En el segundo período permite la ley al cónyuge presente continuar la comunidad, impidiendo así la posesion provisional de los presuntos herederos. Tiene, pues, preferencia sobre éstos. ¿Cuál es la razon? Primero, puede invocarse el matrimonio, que subsiste; puede invocarse el contrato que ata al cónyuge presente lo mismo que al ausente. La comunidad le da derechos ciertos, puesto que se derivan de un contrato, mientras que los derechos de los herederos son inciertos, ó como dice Bigot-Préameneu, precarios y provisionales. El legislador ha discurrido que los herederos no podian, contra la voluntad de una de las partes, romper un contrato sinalagmático. Además, no se trata, como bien se comprende, más que de administrar los bienes del ausente. Sentado esto ¿quién es el mejor administrador, los herederos que de un dia á otro pueden ser separados por la vuelta del ausente; ó el cónyuge, que en caso de regreso, no habrá hecho más que continuar la existencia comun á que le da derecho la comunidad? ¿Por qué trastorno de ideas, pregunta el orador del gobierno, se nombraria administrador de una sociedad á los que son extraños á ella, cuando el socio á medias se encuentra presente (1)?

202. El código concede al cónyuge presente el derecho de conservar sus convenios matrimoniales contra los presuntos herederos del ausente; pero no le otorga ese derecho si no es comun en bienes. La comunidad es legal ó con-

1 Exposicion de los motivos en Loaré, t. II, ps. 256 y siguientes, núms. 23 y 24. Mourlon, *Repeticiones*, t. II, ps. 235 y siguientes.

vencional. Es verdad que el cónyuge tiene la opción que le concede el art. 124, bajo el sistema de la comunidad convencional, lo mismo que bajo el sistema de la comunidad legal. La razón es la misma, puesto que existe siempre una sociedad de bienes entre los cónyuges, y en esta sociedad está fundado el derecho del esposo presente. Hay además otros tres sistemas: el exclusivo de comunidad, el de separación de bienes y el dotal. Estos sistemas tienen de común que no establecen sociedad alguna entre cónyuges; están, por el contrario, separados de bienes. ¿Puede el cónyuge casado bajo de estos tres sistemas, solicitar la subsistencia de su contrato contra los presuntos herederos del ausente? No, el art. 124 es expreso, no concierne más que al cónyuge común en bienes. ¿Cuál es la razón de la diferencia que establece la ley entre los diversos sistemas?

Los autores están unánimes en censurar la disposición del art. 124 (1). ¿No descansan en un contrato todos los sistemas? ¿No da un contrato un derecho cierto al cónyuge del ausente? ¿Este derecho, que se deriva de un contrato, no debe sobreponerse al derecho eventual y precario de los presuntos herederos? Se comprendería que la ley, fundándose en la probabilidad de muerte del ausente, termine en todas ocasiones su contrato de matrimonio; pero no se comprende que lo conserve bajo un sistema y lo disuelva bajo los demás. Proudhon ha tratado de justificar la distinción: «La ley, dice, sólo concede al cónyuge asociado, el derecho de conservar sus contratos matrimoniales, porque ha querido que su favor fuese común á los dos cónyuges, y que sólo bajo la comunidad puede esto ser así (2).» Eso es verdad, pero no decisivo. También es posible que bajo el sistema de comunidad convencional, el cónyuge presente

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 363 y siguientes, núms. 272-273.

2 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 314.

tenga interés en terminar la sociedad de bienes que tiene contratada con el ausente; tiene derecho para proceder así, conforme al art. 124. ¿Por qué, pues, no da la ley al cónyuge el derecho de conservar ó terminar los demás sistemas, según convenga á su interés? ¿Acaso el marido presente, casado bajo el sistema exclusivo de comunidad, no tiene interés en conservar su contrato de matrimonio que le asegura el goce de los bienes de su mujer? El mismo interés existe bajo el sistema de separación de bienes y bajo el sistema dotal. En el espíritu de la ley, este interés es un derecho, derecho convencional, cierto, tanto como el derecho del cónyuge común en bienes. ¿Por qué la ley asegura el derecho del uno, y no asegura el del otro? Inútilmente se buscaría una razón para justificar esta inconsecuencia; es preciso aceptarla, porque es la ley.

203. ¿Puede el cónyuge común en bienes ejercitar el derecho que le concede el art. 124, antes de que los presuntos herederos hayan solicitado la posesión provisional? Sí, Merlin lo demuestra; pero por un singular menosprecio, comienza por hacer decir á la ley lo que no dice. El art. 124 expresa que el cónyuge, al optar por la continuación de la comunidad, puede *impedir la posesión provisional*, lo que implica que la posesión provisional no se llevará á cabo; mientras que Merlin le hace decir que la opción del cónyuge impide *el efecto de la posesión provisional*, lo que supone que ha tenido lugar la posesión, pero que el cónyuge contiene los efectos de ella. El texto del código decide, pues, nuestra cuestión, y el espíritu de la ley es también bastante claro. Si el legislador da la preferencia al cónyuge, es porque el derecho de éste es cierto y el de los herederos es precario; ¿se concebiría que un derecho cierto estuviese subordinado á un derecho precario? Merlin invoca el art. 129, que es decisivo. Esta disposición fija el punto de partida del plazo de treinta años, después

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

§ 2º Continuacion de la comunidad.

204. Segun el art. 124, si el cónyuge presente opta por la continuacion de la comunidad, *toma ó conserva* de preferencia al administracion de los bienes del ausente. *Toma;* esto supone que la mujer es la que está presente; *toma,* en efecto, una administracion que no tenia. *Conserva;* esto supone que el marido es el que está presente; tenia ya la administracion 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 continuacion 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 administracion de la comunidad, no habla más que de la administracion de los *bienes del ausente.* Parece, por lo mis-

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

mo, 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 opcion del cónyuge por la continuacion de la comunidad tiene un efecto considerable; impide no solo la posesion de los presuntos herederos, sino tambien el ejercicio provisional de todos los derechos subordinados á la condicion 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 aquel es cierto. Por otra parte, el interés del ausente justifica esta preferencia. La administracion de los bienes estará en una sola mano, adicta é interesada en la conservacion de los derechos del ausente. Por último, era preciso, de absoluta necesidad, proveer á la administracion de los bienes comunes y de los bienes personales del ausente; era necesario, de consiguiente, confiar esa administracion, 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 condicion 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 dia. ¿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 presente,

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

propietario. La ley quiere confiar la administracion de los bienes del ausente á quien los maneje mejor. ¿Puedo 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 continuacion 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 administracion 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 tenia como administrador convencional? Esa es la opinion general. Solo Proudhon es de contrario parecer. «En los casos comunes, dice, el marido, administrando la comunidad como dueño, puede enajenar é hipotecar los fondos que dependen de ella, pero aquí el que ha optado por la continuacion 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 valido 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 continuacion 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 permitirsele enajenar lo que tal vez no le pertenece? La cuestion se dirige al legislador más bien que

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 318. Consúltase á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 337.

al intérprete. Verdad es que el legislador habria podido tomar en consideracion 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 habria podido ó debido hacer la ley; debe limitarse á ver lo que ha hecho. ¿Existe una disposicion que prohiba al marido enajenar los bienes de la comunidad continuada? Proudhon 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 posesion provisional.» ¿Puede aplicarse esta disposicion al marido que opta por la continuacion de la comunidad? En verdad, no disfruta en virtud de la posesion 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 Proudhon tiene razon en teoria. El marido enajena un inmueble comun en 1859; despues 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 tambien, que siendo válida la venta en su principio, debe sostenerse (1): esta es la aplicacion 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 segun el art. 2009, las promesas del mandatario son, en ese caso, ejecutados respecto

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 231, núm. 5.