

ya hemos rechazado esta interpretación en lo concerniente á los herederos entrados en posesion provisional, y como el código coloca al cónyuge presente absolutamente en la misma línea, debe decidirse tambien que el cónyuge debe hacer la restitucion 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; segun el texto de la ley, no debe devolverlos. ¿Pero cómo conciliar esta disposicion 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 segun 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 aplicacion. Se ha tratado de conciliar el art. 127 con el artículo 1401, considerando los frutos como una donacion hecha por la ley al cónyuge presente, con la cláusula de que las cosas donadas no entran en comunidad (1). Esta explicacion es inadmisibile, por el solo hecho de que la ley no la consigna. Se necesita un texto para que pueda admitirse que una donacion se hace con tal ó cual cláusula. En verdad, la ley no hace donacion, porque la donacion es un contrato, y el

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

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

214. Hasta aquí hemos supuesto que la restitucion de los bienes se hacia al ausente, es decir, que los frutos han sido percibidos por el cónyuge presente, mientras subsistia la comunidad. Tambien puede hacerse la restitucion 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 despues de la defuncion del ausente, el art. 126 recibirá su aplicacion 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 defuncion, 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 restitucion de los bienes tambien se hace á los herederos del ausente, si la comunidad continuada termina por la posesion definitiva, ó por la renuncia del cónyuge administrador legal, ó por su muerte. En todos estos casos se aplica el art. 127, y sin distincion; porque la comunidad se considerará disuelta el dia de la desaparicion ó de las últimas noticias, época á la que se remonta para determinar cuáles son los herederos que obtuvieron la toma de posesion. 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 administracion legal. Esta es la aplicacion de los principios generales. Los

poseedores provisionales no tienen ningun derecho sobre los frutos percibidos ántes del fallo que los pone en posesion. 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 administracion (1).

§ 3º **Disolucion provisional de la comunidad.**

215. El cónyuge presente puede tambien, con sujecion al art. 124, pedir la disolucion provisional de la comunidad; entónces cesará la interrupcion, y el cónyuge ejercitará todos sus derechos legales y convencionales. La razon de estos derechos es que puede tener interés en pedir la disolucion de la comunidad más bien que la continuacion. 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 aplicacion del derecho comun, la ley permite al cónyuge presente, optar por la disolucion de la comunidad.

1 Véase, sobre la interpretacion del art. 127, á Proudhon, *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 defuncion del ausente pueden ejercitarlos despues de la declaracion de ausencia. El cónyuge presente debe tener igual derecho; la ley exige una condicion para el ejercicio de este derecho, la de que el cónyuge dé fianza por las cosas susceptibles de restitucion. Esta es una obligacion 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; miéntras que el cónyuge sólo da fianza por las cosas susceptibles de restitucion, hay cosas, en efecto, que no debe restituir, y por las que consiguientemente no ha lugar á garantías. Se debe, á este respecto, distinguir entre la mujer y el marido.

Respecto de la mujer, no tiene interés la distincion; porque si regresa el ausente, debe aquella 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 derecho más 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. Tambien 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 caucion 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 particion 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 razon no debe dar fianza por los bienes libres que hubiere separado ántes de la particion; porque tiene igualmente la libre disposicion sobre ellos; de consiguiente, no está obligado á devolverlos. ¿Debe dar fianza por las ganancias de supervivencia? No; 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 eso 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 institucion que se deriva de un contrato, debe ciertamente devolver esos bienes á la mujer cuando ésta regrese. Lo mismo seria si fuera legatario. ¿Deberá dar fianza por toda la propiedad? No; porque si regresa la mujer, no ha estado nunca disuelta la comunidad; en consecuencia, habrá tenido el derecho de gozar de esos bienes; de aqui que no deba dar fianza por el usufructo (1).

216. ¿Debe formar inventario el cónyuge que opte por la continuacion de la comunidad? Doctrinase generalmente la afirmativa (2); y en teoria esta opinion 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 obligacion que la ley no impone. Ahora bien, el art. 126 sólo somete á formar inventario á los que obtienen la posesion provisional, así como al cónyuge que opta por la continuacion de la comu-

1 Durantou, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 330 y siguientes, números 469-470.

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 406, número 297.

nidad. ¿No es esto dispensar de esa obligacion al cónyuge que opta por la disolucion de la comunidad? La ley, preciso es confesarlo, no siempre es lógica en las medidas que prescribe en esta materia. Así, segun el texto del art. 124, el cónyuge que opte por la disolucion de la comunidad debe dar fianza, mientras que no debe darla si solicita la continuacion de la comunidad. ¿Cuál es la razon 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 disolucion 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 disolucion 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 restitucion; el que debe restituir no es evidentemente propietario, no es más que administrador; esta es la razon de que la ley lo obligue á dar fianza. Pero tambien hay cosas que el cónyuge no debe restituir, y por las que en consecuencia no debe dar caucion; en este caso ya no es administrador, sino propietario. Segun 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 administracion; en concepto nuestro, no puede disponer de los bienes, ni siquiera de los efectos muebles; la razon es obvia, está obligado á restituir, ¿y cómo restituiria 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 administracion, 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 disposicion. En los casos en que, por excepcion, 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 administracion; los actos de enajenacion que efectuara serian nulos (1).

218. El cónyuge que opte por la disolucion de la comunidad goza de los frutos, en la proporcion establecida en el art. 127. La ley llama *administracion legal* á la posesion del cónyuge que opte ya por la continuacion de la comunidad, ya por la disolucion provisional, y da al administrador legal el mismo goce que al heredero poseedor provisional. Solo hay esta diferencia: que la continuacion de la comunidad termina si la ausencia ha continuado durante treinta años desde que la época en que el cónyuge comun haya tomado la administracion de los bienes del ausente; entónces no procede la posesion definitiva en beneficio del cónyuge que continúa la comunidad. Miéntas que si opta por la disolucion provisional, está asimilado á todos los poseedores, y puede, en consecuencia, pedir la posesion definitiva.

Si há lugar á restitucion de los bienes ántes de la posesion 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 miéntas 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 despues de que la comunidad estuviere disuelta, ó reputada tal, se aplica el art. 127, sin distincion 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 despues de la declaracion de ausencia? ¿Procede en todos casos la apertura de la tutela? Acerca de esta cuestion hay una grande incertidumbre en la doctrina. Se está de acuerdo en decir que el código civil no se ocupa de los hijos menores despues de la declaracion de ausencia; de donde se deduce que debe aplicarse el principio general que domina la declaracion de ausencia; la presuncion de muerte, que abre los derechos de los presuntos herederos, debe abrir igualmente la tutela. Se exceptúa, segun algunos autores, el caso en que el cónyuge presente opte por la continuacion de la comunidad (1).

El punto de partida que sirve de base á la opinion comun nos parece más que dudoso. ¿Es verdad que el código de Napoleon no se ocupa de la suerte de los hijos despues de la declaracion 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 periodo de la ausencia tanto como el primero. ¿No es con intencion 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 presuncion de ausencia? En los tres artículos del capítulo el legislador se sirve siempre de estas expresiones generales: *si el padre ha desaparecido, la desaparicion del padre, si uno de los cónyuges ha desaparecido*: ¿Por qué limitar estas expresiones á una hipótesis particular? Se aplican á la de-

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